أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح مختصر الكرخي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٤٢٨هـ)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء الرابع


شرح
مختصر الكرخي

الطَّبْعَةُ الثَّانِيَة
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْت

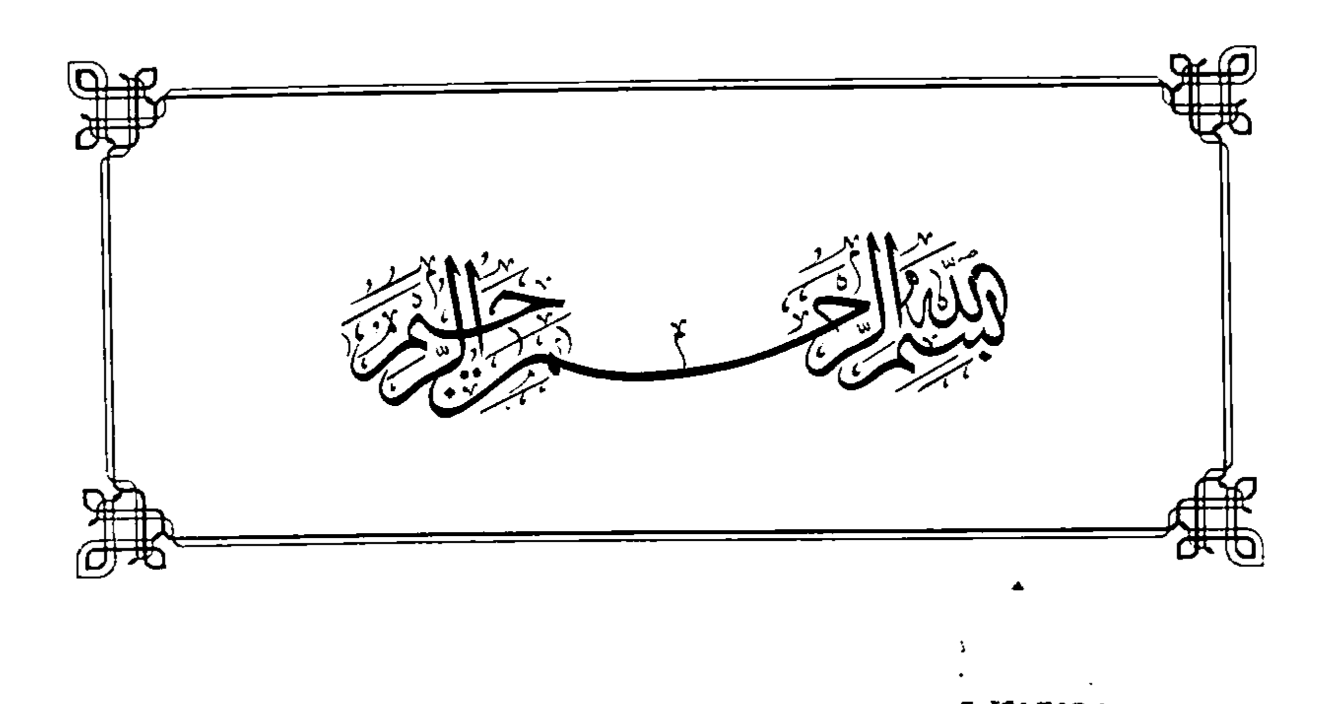
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثنى - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦
فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول: تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨
فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦٥٥٧٧٦٥١٣٨
الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥٩٤٤٠٥٥٥٩

z.zahby74@yahoo.com imamzahby


بسم الله الرحمن الرحيم



بَابُ
طلاق المُكْرَه وما في معناه

قال أصحابنا: طلاق المكره واقع(١)، وقال الشافعي: لا يقع(٢).

لنا: ما ذكره محمد بإسناده: أن امرأة اغتفلت زوجها وجلست على [صدره](٣) ومعها شفرة، وقالت: لَتطلقَنّي ثلاثاً [أو لأنفذنَّه](٤)، فناشدها الله ألا تفعلي، فأبت، فطلقها ثلاثاً، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال: «**لا قيلولة في الطلاق**»(٥)؛ ولأنه [أهـ: ١٣٤أ ـ بد: ١٣٤ب] قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع فصار كالهازل ومن شرط [له] الخيار، ولأنه معنى يقع به الفرقة فاستوى فيه الإكراه والطوع كالرضاع.

فإذا ثبت هذا، قال أصحابنا: كل ما يصح فيه شرط الخيار فالإكراه يؤثر فيه كالبيع والإجارة، (وما لا يصح)(٦) شرط الخيار فيه فلا يؤثر فيه الإكراه

---

(١) انظر: مختصر القدوري، ص٣٦٦.

(٢) قال الشافعي: «وكل مكرَه ومغلوب على عقله، فلا يلحقه الطلاق». مختصر المزني ص١٩٤؛ وفي المنهاج: «ولا يقطع طلاق المكره» ص٤١٦.

(٣) في ب (ظهره) والمثبت من أ.

(٤) في ب (لا تعدن) والمثبت من أ.

(٥) قال ابن حجر في التلخيص: «ذكره ابن أبي حاتم في العلل عن أبي زرعة، وإنه واهٍ جدًا». ٢١٧/٢؛ وأخرجه العقيلي في الضعفاء من حديث صفوان الأصم. ونقل عن البخاري في صفوان «منكر الحديث» ٢١١/٢؛ كما قال ابن حجر في الدراية، ٦٩/٢.

(٦) في أ هنا (وما لا يؤثر فيه).



كالنكاح والعتاق.

١٦٥٥ - [فَصْـل: طلاق السكران]

قال أصحابنا: طلاق السكران من الخمر والنبيذ واقع، وكان أبو الحسن يختار أنه لا يقع، وهو قول الطحاوي، وأحد قولي الشافعي[١].

لنا: أن السكران مكلف؛ بدلالة أنه يلزمه الحد بالقذف والقود [بالقتل][٢]، وطلاق المكلف يقع كغير السكران.

وأما أبو الحسن فقال: إنّ زوال العقل بالنبيذ كزواله بالبنج والدواء، وقد قالوا: إِن ذلك يمنع من وقوع الطلاق.

وفَرَّق أصحابنا بينهما: [بأن المبنَّج][٣] ليس له حكم التكليف، والسكران له حكم التكليف، ولأن (الغالب أن الإنسان لا يشرب البنج ويظهر زوال العقل مع بقائه)[٤]، والغالب أن الإنسان يشرب الشراب [ويظهر أنه سكران][٥] وليس بسكران؛ [فلذلك][٦] أوقعوا في أحدهما دون الآخر؛ ولأن السكر يحصل [في الغالب بسبب معصية][٧] فعوقب بجريان الأحكام عليه، وليس الغالب من شرب

---

(١) «والصحيح: أنه يقع طلاقه على المذهب»، كما قال النووي في الروضة ٢٣/٨. انظر: مختصر المزني ص١٩٤؛ المهذب ٤/ ٢٧٨.

(٢) في ب (بالفعل) والمثبت من أ.

(٣) في ب (لأن البنج) والمثبت من أ.

(٤) ما بين القوسين سقاطة من أ.

(٥) في ب (السكر) والمثبت من أ.

(٦) في ب (فكذلك) والمثبت من أ.

(٧) في الأصل (بسبب في الغالب معصية) والمثبت أوضح



البنج قصد المعصية [فلذلك](١) لم يبق التكليف.

وقد قالوا في المُكْرَهِ على الشرب: ومن شرب الخمر عند الضرورة فسكر أن طلاقه يقع؛ لأن زوال العقل حصل بلذة، فهو كمن شرب طائعاً.

وقال محمد: فيمن شرب النبيذ فلم يزل عقله [منه] ولكن صدع فزال عقله بالصداع: إن طلاقه لا يقع؛ لأن ذلك لم يحصل بسبب هو لذة.

قال: وكذلك اللاعب بالطلاق والهازل به، وذلك لما ذكر الحسن بن زياد في كتاب الطلاق قال: وقد جاء عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**من طلق لاعباً جاز منه ذلك**»(٢).

واحتج أبو يوسف في هذا فقال: حدثنا محمد بن إسحاق عن يزيد ابن عبد الله عن سعيد بن المسيب قال: قال عمر بن الخطاب: إنها أمور [مقفلات](٣)؛ الجدّ والهزل فيهن سواء: الطلاق، والعتاق، والنكاح.

وقال أبو يوسف عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن أبي الدرداء أنه قال: من لعب بطلاق أو عتاق لزمه.

قال: وإن هذه الآية نزلت في ذلك: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗا﴾(٤) [البقرة: ٢٣١] قال: وكذلك الرجل يريد غير الطلاق فيسبقه لسانه بالطلاق، فالطلاق

---

(١) في ب (فكذلك) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ١٣٣/٦؛ والطبراني في الكبير، ٣٤٣/٩ بلفظ: «من طلق لاعبًا أو نكح لاعبًا فقد جاز».

(٣) في ب (مقولات) والمثبت من أ. وفي شرح سنن ابن ماجه (معضلات) ١٤٧/١.

(٤) انظر تفسير الآية: تفسير ابن عطية، ص ٢٠٥.

له لازم، وكذلك العتاق؛ وذلك لأن القصد إذا لم يعتبر فيه فيسبق اللسان، إنما عدم فيه القصد فيقع.

قال أبو الحسن: وفي سبق اللسان اختلاف رواية في العتاق والذي هاهنا أحبُّ إليّ، وإنما عنىٰ بذلك أن هشاماً روىٰ عن محمد عن أبي حنيفة: أن من أراد أن يقول لامرأته: اسقِنِي ماء! فقال: أنت طالق، وقع، ولو أراد ذلك في العبد فقال: أنت حرٌ، لم يقع، وروىٰ بشر [١٣٥/أ] عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنهما يتساويان، وهو الصحيح.

وجه رواية هشام: أن المرأة تملك بضعها لسبب يستوي فيه القصد وعدم القصد، فزوال الملك عنه لا يختلف فيه القصد وعدمه، فأما العبد فالسبب الذي يملك به يختلف فيه القصد وعدمه، فجاز أن يختلف في زوال الملك عنه القصد وعدمه[١].

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/٥؛ التجريد ٤٩١٢/١٠ وما بعدها.



بَابُ
الرجل يطلق إحدى امرأتيه بغير عينها

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا قال الرجل لنسوة [له]: إحداكن طالق، طَلُقَت واحدةً منهن بغير عينها إذا لم يكن له نية في واحدة بعينها.

والأصل في جواز الطلاق في المجهولة خلاف ما قاله ما في القياس: قوله ﷺ: «**كل طلاق جائز**»[1]؛ ولأن الطلاق يتعلق بالأخطار، والخطر والجهالة أُجريا مجرىً واحداً في العقود بدلالة أنهما ينفيان البيع، فإذا لم يمنع أحدهما الطلاق، كذلك الآخر، ولأن البيع مع ضعفه يصح مع هذا الضرب من الجهالة، ألا ترىٰ أن من باع قفيزاً من صُبرة غير معين انعقد البيع، فلأن يصح ذلك في الطلاق أولىٰ، ثم اختلف أبو يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: يقال [له]: أوقع، وقال محمد في بعض المواضع: يقال له: بَيِّن، فكان عند أبي يوسف الطلاق والعتاق تعلّقا بالذمة، ولزمه إيقاعه في إحداهن، وعند محمد: أن الطلاق تعلق بإحداهن لا بعينها ويلزمه البيان.

لأبي يوسف: أن الأحكام الموقعة إما أن تتعلق بعين أو ذمة، ولم يتعلق الموقع بالعين فلم يبق إلا أن يتعلق بالذمة، ولأنه إذا [عَيَّن][2] يلزم التي عين

---

(١) أخرجه الترمذي (١١٩١) من حديث أبي هريرة وقال: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء ضعيف ذاهب الحديث». وأخرجه عبد الرزاق في المصنف بطريق عليّ رضي الله عنه، ٤٠٩/٦.

(٢) في ب (بيّن) والمثبت من أ.

فيها الطلاق العدة من يوم البيان ، ولا يعتد بما تقدم [من][1] الحيض ، ولو كان الطلاق وقع عليها عند الإيقاع لاعتدّ بما [تقدم][2] ذلك من الحيض.

وجه قول محمد: أنه أوقع الطلاق على واحدة من الجملة فلا يتعلق بذمته ، كمن باع قفيزاً من صبرة ؛ ولأن الطلاق لا يجب عليه بالنذر ، ولو صح تعليقه بالذمة (لوجب)[3] بالنذر ، ولأنه لو طلق واحدة من أربع لم يدخل بهن ، ثم تزوج بخامسة قبل البيان صَحَّ النكاح ، ولو كان الطلاق تعلق بالذمة لكانت الأربع في ملكه فلا يجوز (أن يتزوج بخامسة)[4].

فأما ما احتج به أبو يوسف من العدة فلا حجة [له] فيه ؛ لأن الزوج متهم فيجوز أن يكون عنى بالطلاق غير التي عين ، فيصير التعيين إيقاعاً مبتدأ ، [فلذلك][5] لزمت العدة من حال البيان.

قال: وللنساء أن يخاصمنه في ذلك ويستعدين عليه [إلى] القاضي حتى يبيِّن ذلك ؛ لأن الطلاق إذا كان بائناً أو ثلاثاً فلكل واحدة منهن حق في استيفاء أحكام النكاح أو التوصل إلى زوج آخر ، فكان على الزوج البيان.

وإنما قلنا: إنه يقبل قوله في البيان ؛ لأن الطلاق صحَّ منه في مجهوله ، فالبيان إليه كمن باع قفيزاً من صبرة ، وكمن أقر بشيء غير معين.

قال: ويجبره[6] الحاكم على أن يوقع الطلاق على إحداهن بعينها ؛ وذلك

(١) في ب (في) والمثبت من أ.
(٢) في ب (بعد) والمثبت من أ.
(٣) في أ (للزمه).
(٤) في أ (يجوز له تزوج الخامسة).
(٥) في النسختين (فكذلك) والمثبت يقتضيه السياق.
(٦) في أ (ويخيّره).

لما بينا أن البيان حق لهن، فكان [١٣٥/ب] للقاضي استيفاء ذلك.

قال: وعليها العدة حتى تُبَيِّنَ، فإن كن أربعاً فتزوج أخرى قبل البيان ولم يكن دخل بهن جاز، وقد بينا وجه ذلك.

أما على أصل أبي يوسف: فالطلاق يقع بالبيان فالعدة عقيب الوقوع.

وعلى أصل محمد: إنما يجب عقيب البيان للتهمة.

وأما تزوج الخامسة فظاهر على قول محمد؛ لأن إحداهن بانت فلم يكن جامعًا بين أكثر من أربع [نسوة]، وأما أبو يوسف فجعل استحقاق الطلاق عليه (في وقوعه)[1] فلم يمنع من الجمع، فإن كان قد دخل بهن لم يجز نكاح الخامسة حتى تنقضي عدة التي وقع عليها الطلاق؛ وذلك لأن العدة تحرم الجمع كما يحرم النكاح.

فإن لم يبيّن حتى ماتت إحداهن، والقول كان لامرأتين طلقت الباقية؛ وذلك لأنه لم يبق من يستحق الطلاق غيرها، ومن خيّر بين أمرين ففات أحدهما تعين الآخر، وليس هذا كمن باع أحد عبديه على أن المشتري بالخيار فمات أحدهما، أن البيع تعين في الميت؛ لأنه صار معيباً[2] قبل الموت فبطل الخيار فيه، ودخل في ملك المشتري، وليس كذلك الطلاق لأن العيب لا يوجب تعيين الطلاق، فبقي خياره حتى فات في الميتة بالموت فتعين في الباقية.

وكذلك لو لم تمت ولكن جامعها؛ لأن الجماع يستدل به على تعيين

---

(١) في أ (كوقوعه).

(٢) في أ (مغيبًا عنا).

الطلاق في الأخرىٰ؛ لاستحالة أن يطأ المطلقة، وكذلك لو قَبَّلها أو حلف بطلاقها أو ظاهَرَ منها، أو طلقها، تعين الطلاق في الأخرىٰ؛ لأن هذه الأحكام تصرف في المرأة [بنفيه][1] الطلاق فصار كالجماع.

فإن قال: أردت بالطلاق فلانة، فالقول قوله؛ لأن البيان إليه، فإذا قال: عنيتها، فكأنه بيّن فيها، فإن ماتت إحداهما قبل أن يُبيّن فقال: أردت إياها بالطلاق، لم يرثها وطلقت الباقية؛ لما بينا أن موت إحداهما يوجب تعيّن الطلاق في الأخرىٰ من طريق الحاكم، فإن قال: عنيت الميتة، صُدِّق علىٰ نفسه في إسقاط حقه من ميراثها ولم يصدق في صرف الطلاق عن الباقية، وكذلك إن ماتتا جميعاً إحداهما بعد الأخرىٰ، فقال: أردت الأولىٰ، لم يرث منهما؛ لأن ميراثه سقط عن (الثانية)[2] من طريق الحكم وعن الأولىٰ باعترافه.

فإن ماتتا جميعاً معاً بأن سقط عليهما حائط أو غرقتا، ورث من كل واحدة نصف ميراثها؛ وذلك لأنه يستحق ميراث كل واحدة في حال ولا يستحقه في حال، فيثبت نصفه علىٰ أصلنا في اعتبار الأحوال، فإن قال: أردت إحداهما [يُعينها]، فقد أسقط حقه عن ميراثها ويرث من الأخرىٰ نصف ميراث زوج؛ لأنه لا يصدق في زيادة الاستحقاق.

وقد قالوا: لو مات الزوج قبل البيان ورثتا منه ميراث امرأة بينهما؛ لأن ما تستحقه الواحدة والثنتان سواء، وإحداهما زوجة لا [محالة][3] وليس إحداهما بذلك أولىٰ من الأخرىٰ فيكون بينهما، فإن كان له زوجة لم يدخل بها في الطلاق

(١) في ب (ببقية).
(٢) في أ (البائنة).
(٣) في ب (محللة) والمثبت من أ.

كان لها نصف الميراث وللأخريين النصف ؛ وذلك لأنه لا يزاحم هذه إلا واحدة فاستحقت [١٣٦/أ] النصف ، ثم النصف الباقي [بين الباقيتين ؛ إذ] ليس إحدى الباقيتين أولى به من الأخرى.

فإن أوقع على إحداهما طلاقاً بعد قوله: إحداكما طالق ، وقال: أردت بهذا الطلاق إيقاع ما لزمني ولم أُرد طلاقاً مستقبلاً ، كان القول قوله ؛ لأن الطلاق مستحق عليه ، فإذا فعل ما هو مستحق [عليه] فالقول قوله [فيه] ، فإن ارتدتا جميعاً فانقضت عدتهما أو كانتا رضيعتين فأرضعتهما امرأة ، بانتا ولم يكن له أن يبين الطلاق الثابت في إحداهما ؛ وذلك لأنه لا يملك [البيان][(١)] إلا في حالة تملك الطلاق ، وهو لا يملك ذلك بعد زوال ملكه فيبقى الطلاق على ما كان عليه.

وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف: أن العدة من يوم أوقع ، فإن راجع بعد ذلك صحت الرجعة.

وروى عمرو بن أبي عمرو عن محمد: أن الرجعة لا تصح إذا كانت قد حاضت قبل البيان ثلاث حيض ، وهذا صحيح على أصلهما ، وفيه تبين الخلاف ؛ لأن عند أبي يوسف: الطلاق يقع بالبيان ، والعدة تجب عقيب وقوع الطلاق فتصح الرجعة ، وعند محمد: الطلاق قد وقع بالإيقاع والعدة عقيبه وإنما توجب العدة بعد البيان على طريق الاحتياط ، فوجب أن لا يثبت الرجعة بالشك.

وقد قالوا فيمن قال لامرأتين [له]: إحداكما طالق واحدة والأخرى ثلاثاً ، فحاضت إحداهما ثلاث حيض ، بانت بواحدة والأخرى طالق ثلاثاً ؛ وذلك لأن

---

(١) في ب (البائن) والمثبت من أ.

كل واحدة منهما مطلقة لا محالة، فإذا حاضت إحداهما فقد زال ملكه عنها، وقد كان مخيراً في إيقاع الثلاث[1] فلم يبق من يستحقها إلا الأخرىٰ.

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا [ضَمَّ][2] إلىٰ امرأته ما لا يقع عليه الطلاق مثل الحجر والبهيمة، فقال: إحداكما طالق؛ طلقت امرأته، وقال محمد: لا تطلق.

لهما: أن البهيمة لما لم توصف بالطلاق لم يبق من يستحقه إلا الزوجة فتعيّن فيها.

وجه قول محمد: أن من خير نفسه بين الطلاق وبين غيره لم يقع الطلاق، كما لو قال: أنت طالق أولاً، وأما إذا [ضَمَّ][3] إلىٰ امرأته من يوصف بالطلاق، إلا أن الزوج لا يملك طلاقها كالأجنبية إذا [ضمَّها][4] إلىٰ زوجته، فقال: إحداكما طالق، لم يقع [الطلاق] علىٰ زوجته؛ لأن الأجنبية توصف بالطلاق من زوجها، فلم يكن صرف الطلاق إلىٰ زوجته أولىٰ منها.

وقال أبو حنيفة: فإن [ضَمَّ][5] إلىٰ زوجته رجلاً فقال: أحدكما طالق، لم يقع الطلاق علىٰ زوجته، وقال أبو يوسف: يقع.

لأبي حنيفة: أن الرجل يوصف بالطلاق إذا كان الطلاق بائناً والبينونة

---

(١) في أ (الطلاق).
(٢) في ب (ضمّن) والمثبت من أ.
(٣) في ب (ضمّن) والمثبت من أ.
(٤) في ب (ضمّن) والمثبت من أ.
(٥) في ب (ضمّن) والمثبت من أ.

تسمى طلاقاً، فإذا جمع [بينها][1] وبين من يوصف بالطلاق بحال صار كمن جمع بينها وبين أجنبية.

وقالا جميعاً: لو جمع بينها وبين ميتة فقال: أنت طالق أو هذه، لم يقع على زوجته؛ لأن الميتة توصف بالطلاق قبل موتها.

وجه قول أبي يوسف: أن الرجل لا يصح وقوع الطلاق [عليه] بحال، فصار كالبهيمة[2].



(١) في ب (بينهما) والمثبت من أ.

(٢) انظر: التجريد، ١٠/٤٩٧٢ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يطلق امرأة من نسائه بعينها ثلاثاً ثم يجهلها

قال أبو الحسن: وإذا طلق الرجل امرأة من نسائه بعينها ثلاثاً ثم نسيها لم يحل له أن يطأ واحدة منهن حتىٰ يعلم التي طلق فيتجَنَّبها[١]؛ وذلك لأن [إحداهن][٢] حرمت عليه، وكل واحدة منهن يجوز أن تكون محرمة، فلا يحل [له] وطئها.

وقد قال أصحابنا: [كُلّ ما][٣] لا يباح عند الضرورة لا يجوز التحري فيه، والفروج لا تستباح بالضرورة فلا يُتحرىٰ فيها، ولهذا قالوا في الشاة الميتة إذا اختلطت بالمذبوحة أنه يُتحرىٰ؛ لأن الضرورة تبيح الميتة.

قال: فإن جحدت كل واحدة منهن أن تكون [هي] المطلقة فاستعدين عليه الحاكم في النفقة والجماع، أعدي وحبسه حتىٰ يبين التي طلق منهن وألزمه نفقتهن[٤]؛ وذلك لأن لكل واحدة منهن حق المطالبة بأحكام النكاح فكان علىٰ الحاكم إلزامه علىٰ إيفاء الحق[٥]، فإن لم يفعل فقد امتنع من حق عليه يقدر علىٰ أدائه فيحبسه، كالممتنع من الدين، ويقضي عليه بنفقتهن؛ لأن النفقة تجب للمعتدة والزوجة، وكل واحدة منهن إما أن تكون معتدة أو زوجة.

---

(١) في أ (فيجتنبها).
(٢) في ب (إحداهما) والمثبت من أ.
(٣) في ب (كلما) والمثبت من أ.
(٤) في أ (النفقة لهن).
(٥) في أ (النكاح).

قال: فإن ادعت كل واحدة منهن أنها هي المطلقة ولا بينة لها، وجحد الزوج، فعليه اليمين لكل واحدة منهن؛ وذلك لأن الطلاق يصح بذله ويصح الإقرار به فيستحلف فيه، فإن أبىٰ أن يحلف فرّق بينه وبينهن؛ لأنه بذل الطلاق لكل واحدة منهن، وإن حلف لهن فلا بد أن يبين؛ لأن الطلاق لا يرتفع باليمين فيبقىٰ علىٰ ما كان عليه.

قال ابن سماعة: سمعت محمداً قال في رجل له امرأتان طلق واحدة منهما بعينها وقال: لا أدري أيتهما هي، فادعت كل واحدة [منهما] أنها هي المطلقة فإني أحلفه لكل واحدة منهما، فإن حلف للأولىٰ طلقت التي لم يحلف لها؛ لأنه لما حلف للأولىٰ سقطت [خصومتها][1] في الطلاق فتعين في الأخرىٰ من طريق الحكم، وإن لم يحلف للأولىٰ طلقت؛ لأنه بذل الطلاق لها وهو مما يصح بذله.

فإن تشاحتا علىٰ اليمين حلّفتُه لهما جميعاً بالله ما طلق واحدة منهما؛ لأن لهما المشاحة في الابتداء لجواز أن ينكل للأولىٰ وقد تساويا في الدعوىٰ، ويمكن إيفاء حقهما معاً[2]، فإن حلف لهما حجبتهُ عنهما حتىٰ يُبيّن؛ وذلك لأن الطلاق لا يرتفع باليمين فإحداهما محرمة، ولا يمكن منهما إلا أن يبين، فإن وطئ إحداهما فالتي لم يطأها مطلقة؛ وذلك لأن فعله محمول على الصحة و أنه لم يطأها، وطأ حرامًا.

قال: وينبغي له فيما بينه وبين الله تعالىٰ أن يطلق كل واحدة منهن و يتركهن حتىٰ يبين؛ لأن الوطء لا يجوز فيه التحري علىٰ ما بيناه، ولا يجوز له إمساكهن

(١) في ب (متهمًا) والمثبت من أ.
(٢) في أ (جميعًا).



[فيضرّ بهنّ][1]، ولو تركهن بغير طلاق لم يحل لهن التزوج ؛ لأن كل واحدة منهن يجوز أن تكون غير مطلقة، فوجب أن يوقع على (كل واحدة منهن فيوفيها حقها)[2].

قال: والأحسن أن لا يتزوج واحدة منهن إلّا أن يتزوجْن ؛ لأن [كل] واحدة منهن يجوز أن تكون [١٣٧/أ] مطلقة ثلاثاً فلا تحل له قبل التزويج، فإذا تزوجن فقد حصلت الإباحة بيقين.

قال: فإن تزوج واحدة منهن قبل أن يتزوجن جاز نكاحها، وكانت الأخرى في الحكم المطلقةَ ثلاثاً ؛ لأن عقده محمول على الصحة، ولا يمكن ذلك إلا أن يكون الطلاق الثلاث وقع على الأخرى، فيتعين فيها من طريق الحكم وإن كان لا يتعين بالتعيين.



(١) في ب (فيقربهن) والمثبت من أ.

(٢) في أ (على كل واحدة واحدةً فيوفيهما حقهما).



بَابٌ
ما يجب للمطلقة قبل الدخول

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول وقد سمىٰ لها مهراً مالاً عيناً أو ديناً، فلها نصف ما سمىٰ لها إذا كان ذلك عشرة دراهم فصاعداً أو قيمتها.

قالوا: الأصل في هذا أن البدل في النكاح علىٰ ضربين:

أحدهما: ما [يثبت](1) بالتسمية، فيجب بالعقد ويستقر بالدخول أو الخلوة أو موت أحد الزوجين، والثاني: ما يجب من طريق الحكم وهو مهر المثل فيجب بالعقد ويستقر بما ذكرنا.

ويجوز أن يقال: إن المسمىٰ يجب بالعقد، والدخول يمنع من سقوط بعضه، ومهر المثل يجب بالعقد ويستقر بالدخول، والدليل علىٰ وجوب المهر بالعقد: أن ثبوته لحق الله تعالىٰ فلا يجوز أن يخلو العقد منه(2)، ولأنه ملك عليها المبدل بالعقد، فوجب أن تملك ما في [مقابلته](3) كالبيع، وهذه الجملة لا خلاف فيها إلا في فصل واحد وهو المفوضة، فإن الشافعي قال: إنّ مهرها لا يثبت بالعقد، وإنما يثبت بالدخول(4).

---

(١) في ب (يجب) والمثبت من أ.

(٢) في أ (عنه).

(٣) في ب (معاملته) والمثبت من أ.

(٤) انظر: المهذب ٤/٢١٠.

وهذا فاسد ؛ لأنه بدل في النكاح فيجب بالعقد كالمسمىٰ ، ولأن الدخول[1] تصرف في المعقود عليه والدخول لا يجب في العقود بالتصرف ، وإنما يسقط نصف المسمىٰ بالطلاق قبل الدخول والخلوة ، لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وأما مهر المثل فيستقر بالدخول ، ولا (يتبعض)[2] قبل الدخول ، إنما تجب المتعة . وقال الشافعي: يجب نصف مهر المثل .

لنا: أنه بدل يثبت في النكاح من طريق الحكم فلا يتبعض كالمتعة ، وقد اختلف أصحابنا المتأخرون في نصف المسمىٰ ، فمنهم من قال: إن الطلاق يسقط نصف المهر ويبقي نصفه لقوله تعالىٰ: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فدل علىٰ أن الواجب هو نصف الفريضة ، ومنهم [مَنْ] قال: إن الطلاق يسقط جميع المسمىٰ ، وإنما يجب نصفه علىٰ طريق المتعة ، واحتج في ذلك بأن الطلاق [رفع] للعقد ، فيكون قبل القبض ، فوجب أن يسقط كل البدل كالإقالة في البيع .

وأُلْزِم هذا القائل ، فقيل له: قال أصحابنا: إذا تزوج علىٰ خمس من الإبل السائمة وسلَّمها إلىٰ المرأة فحال الحول عليها ثم طلقها قبل الدخول سقط عنها نصف الزكاة ؛ لأن الملك استحق [عليها] بغير فعلها ، ولو كان المسمىٰ سقط ووجب نصفه بسبب آخر سقطت الزكاة كلها .

فأجاب: بأن السبب للسقوط لا يستقر ؛ لأن الوجوب يعود في الحال فصار السقوط كأن لم يكن أصلاً . ألا ترىٰ أنهم قالوا في الوكيل إذا [١٣٧/ب] اشترىٰ ذا

---

(١) في أ.

(٢) في أ (ينتصف).




رحم مَحْرم منه لم يعتق عليه وإن ملكه بالعقد؛ لأن ملكه غير مستقر فيه، فيصير كأنه لم يوجد.

وكذلك قالوا فيمن تحته أمَةٌ فتزوّج حرّة علىٰ رقبتها، فأجاز مولاها لم ينفسخ النكاح بينه وبينها، وإن كان بالإجازة (ينتقل إليه ثم)[1] ينتقل منه إلىٰ الحرّة، إلا أن الانتقال إليه لما لم يكن مستقراً، صار كأنها لم تنتقل في باب الملك، وكذلك في مسألتنا.

قال: وإن شرط مع المسمىٰ ما ليس بمال، مثل أن يتزوجها علىٰ ألف وأن يطلق امرأته، أو علىٰ أن لا يخرجها من دارها ثم طلقها فلها نصف المسمىٰ ويسقط الشرط؛ وذلك لأن هذا الشرط إذا لم يقع الوفاء به وجب تمام مهر المثل، ومهر المثل لا يثبت مع الطلاق قبل الدخول، فسقط اعتباره فلم يبق إلا المسمىٰ.

قال: وكذلك إن شرط مع المسمىٰ شيئاً مجهولاً مثل أن يتزوج علىٰ ألف [درهم] وكرامتها؛ لأنه [إذا] لم يف بالكرامة، وجب تمام مهر المثل، وقد بينا أن مهر المثل لا يثبت حكمه قبل الدخول، وإن تزوجها علىٰ أقل من عشرة ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصف ما سمىٰ وتمام خمسة دراهم؛ وذلك لأن تسمية ما دون العشرة تسمية لها عندنا، فكأنه تزوجها علىٰ ذلك وتمام عشرة، وإذا ثبت أن الطلاق قبل الدخول يوجب انقسام المهر، قلنا: لا يخلو [إمَّا] أن يكون المهر مقبوضاً أو غير مقبوض، فإن كان في يد الزوج أودينا عليه فطلقها انفسخ ملكها في نصفه بنفس الطلاق حتىٰ لو كانت أمة فأعتقها الزوج نفذ عتقه في نصفها؛ وذلك لأن المهر مملوك بالنكاح وقد زال العقد بالطلاق فزال الملك فيما ملك

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

به، وأما إن كان مقبوضاً وهو مما سمي في العقد وتعين به، لم ينفسخ ملكها بالطلاق حتىٰ يفسخه الحاكم أو تسلمه المرأة، أو يقول الزوج: قد فسخت ـ ذكر هذا الفصل الثالث في الزيادات ـ.

فإن كان المهر أَمَة جاز عتقها في جميعها بعد الطلاق، ولم يجز عتق الزوج فيما روىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف قال: ينفسخ ملكها في النصف بنفس الطلاق وينفذ عتقها فيه.

قال: وهذا أحسن عندنا من قول أبي حنيفة وهو قول زفر.

وجه قولهما: أن العقد وإن انفسخ بالطلاق فقد بقي التسليط وهو مما يُملك به عندنا، فإذا بقي سبب التمليك لم يرتفع الملك إلا بفسخ الحاكم أو رضاها؛ ولأن المهر بدل ملك بالعقد فلا ينفسخ [العقد][1] فيه بفعل أحد المتعاقدين كالثمن.

وجه قول أبي يوسف وزفر: أن المهر ملك بالعقد والطلاق قد رفع العقد وأحكامه، فزال ملكها عن العوض كالفسخ في البيع، وأما إن كان المهر مما لا يتعين بالتعيين [كالأثمان][2] فعيّنها أو لم يعيّنها، أو كان مكيلاً أو موزوناً في الذمة فقبضته وهو قائم في يدها، فعلىٰ المرأة مثل نصف كيله أو وزنه: إن شاءت أعطته من ذلك، وإن شاءت أعطته من غيره؛ وذلك لأن حقه معها عند الفسخ كحقها معه عند العقد، ومعلوم أنه لا يتعين عليه بالعقد [١٣٨/أ] ما عيَّنه من [الأثمان][3] فكذلك لا يتعين عليها بالفسخ، وأما [المكيل][4] في الذمة

(١) في ب (الملك) والمثبت من أ.

(٢) في ب (كالأيمان) والمثبت من أ.

(٣) في ب (الأيمان) والمثبت من أ.

(٤) في ب (الكيل) والمثبت من أ.



فالمقبوض ليس هو ما وقع عليه العقد، وإنما هو عوض عنه، فإذا فارقها كان له نصف ما يتناوله العقد، وذلك مكيل غير معين.

وأما زفر فمن أصله أن الدراهم والدنانير تتعين بالعقد فكذلك بالفسخ، فإذا طلقها (قبل الدخول)[1] وقد كان المهر دراهم معينة وجب عليها نصف المعين، وأما إذا المهر [كان] عبداً وسطاً أو ثوباً وسطاً فسلمه إليها وجب له نصفه، ولا يملكه حتى يقضي القاضي له به (أو)[2] يسلمه؛ وذلك لأن العبد لا مثل له، فإيجاب نصف العين أعدل من إيجاب المثل أو القيمة، فكذلك وجب تسليم نصف العين.

قال: وإن سمى ألف درهم ثم زادها بعد العقد مائة ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصف الألف وبطلت الزيادة، وروي عن أبي يوسف: أن لها نصف الألف ونصف الزيادة.

وجه قولهم المشهور: أن الزيادة لم تسم في العقد، فلا تتبعض في الطلاق كمهر المثل.

وجه قول أبي يوسف: أن الزيادة تلحق بالعقد وتصير كالموجود فيه فتتبعض بالطلاق[3].

١٦٥٦ ـ [فَصل: إذا لم يُسم المهر في العقد وطلّقها قبل الدخول]

وأما إذا لم يسم في العقد شيئاً وفرض لها بعد العقد شيئاً مسمىً، أو فرضه

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في أ (ويسلمه).

(٣) انظر: الأصل، ٤/٤٣٥.

الحاكم، ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة، وقال أبو يوسف: نصف الفريضة.

لنا: أنه بدل لم يسم في العقد فلا يتبعض بالطلاق كمهر المثل.

وجه قول أبي يوسف: قوله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ ولم يفصل.

والدليل على أن الزيادة في المهر تلحق بالعقد وتستقر بالدخول، خلاف زفر والشافعي[1]: قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا تَرَٰضَيۡتُم بِهِۦ مِنۢ بَعۡدِ ٱلۡفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤] ولا يجوز أن يكون (ذلك)[2] في الهبة؛ لأنه لا تعلق لها بالفريضة، ولا يجوز أن يكون المراد به الحط؛ لأن ذلك لا يختص بما بعد الفريضة بل يجوز قبلها، فلم يبق إلا الزيادة، ولأنه تغيّر نصف المهر فتعلق به الاستحقاق كالحط، وعلى الشافعي أن حال المجلس حال تلحق الزيادة فيها بالثمن، ويتعلق بها الاستحقاق، فكذلك في المهر كحال العقد.

وجه قول زفر: أن الاستباحة في ملك الزوج، فلا يصح أن يبذل عوضاً عن ملكه.

١٦٥٧ - [فَصۡل: استحقاق الزوجة للمتعة]

وأما إذا طلقها قبل الدخول وقد سمى لها عوضاً فاسداً أو لم يسم لها شيئاً فلها المتعة؛ والكلام في المتعة يقع في مواضع:

منها: أنها واجبة عندنا للمطلقة قبل الدخول والتسمية، وقال مالك: مستحبة.

---

(١) «وقال الشافعي: هي هبة مستأنفة، إن قبضتها مضت، وإن لم تقبضها بطلت». كما ذكر العثماني في رحمة الأمة ص٤٠٥.

(٢) في أ (المراد به).

والدليل على ما قلنا: قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وهذا أمر، والأمر على الوجوب، ثم قال: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ والحق يقتضي الوجوب، و«على» من ألفاظ الوجوب؛ ولأنه نكاح بين مسلمين فلا يخلو من عوض كالتي سمى لها مهراً.

١٦٥٨- [فَصْل: في تحديد المستحقة للمتعة]

ولا تجب المتعة[١] عندنا إلا لمطلقة واحدة: وهي التي طلقها قبل الدخول والتسمية في العقد، وقال [١٣٨/ب] الشافعي: لكل مطلقة المتعة إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهراً[٢].

ويتعين الخلاف في المدخول بها، والدليل على أنه لا تجب المتعة لها: أنها استحقت كمال مهرها كالمتوفى عنها زوجها، ولأن المطلقة قبل الدخول تستحق نصف المسمى ولا تجب لها متعة، فالمطلقة التي استحقت جميع المسمى أولى أن لا تجب لها المتعة. وإنما قلنا: إن المطلقة قبل الدخول إذا سمى لها مهراً فلا متعة لها، وهو قول ابن عباس، وابن عمر، وشريح، وإبراهيم، ومحمد بن علي، ولا مخالف لهم[٣]؛ ولأن المتعة إنما تجب من طريق الحكم كالقيمة التي تجب في البيع الفاسد، ومعلوم أن القيمة لا تجتمع مع المسمى ولا مع جزء منه فكذلك المتعة.

(١) المتعة: من التمتع بالشيء: الانتفاع به، وهو الانتفاع بالشيء على وجه يكفل إرواء الحاجة، ويدوم طويلاً.
قال ابن عرفة: «المتعة: ما يؤمر الزوج بإعطائه للزوجة لطلاقه إياها». شرح حدود ابن عرفة ١٨١/١؛ انظر: المغرب؛ المصباح (متع).

(٢) قال الشافعي ﷺ: «جعل الله المتعة للمطلقات، وقال ابن عمر: لكل مطلقة متعة، إلّا التي فرض لها ولم يدخل بها، فحسبها نصف المهر». مختصر المزني ص١٨٤؛ انظر: المهذب ٢٢٠/٤.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية، ص ٢١٢.

١٦٥٩ ـ [فَصْل: أوجه المتعة]

والمتعة عندنا علىٰ وجهين: متعة واجبة و[متعة] مستحبة؛ فالواجبة لمطلقة واحدة: وهي التي طلقها قبل الدخول والتسمية.

والمستحبة: تستحب [لكل][1] مطلقة إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمىٰ لها مهراً، والدليل علىٰ استحباب المتعة للمدخول بها قوله تعالىٰ: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨]، وقد كن مدخولات، وقد روي عن شُرَيح: أن رجلاً طلق امرأته بعد الدخول، فقال له: متعها، فامتنع، فقال له شريح: إن كنت من المتقين والمحسنين فمتعها، ولم يجبره علىٰ ذلك، وقال الله تعالىٰ: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[2] [البقرة: ٢٤١] وهذا عام[3].

١٦٦٠ ـ [فَصْل: المتعة علىٰ قدر حال الرجل أو المرأة]

قال أبو الحسن: والمتعة الواجبة علىٰ قدر [حال] المرأة، والمستحبة علىٰ قدر [حال] الرجل، وكان أبو بكر الرازي يقول: المتعة علىٰ قدر [حال] الرجل، ومهر المثل علىٰ قدر [حال] المرأة، والنفقة علىٰ حالها.

وقال أبو يوسف مثل قول أبي بكر في المتعة: إنها علىٰ قدر حال الزوج، والصحيح ما قاله أبو بكر لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

---

(١) في ب (بكل) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٧/٢٥٧.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية، ص ٢١٨.

وجه قول أبي الحسن: (أن المتعة بدل عن البُضْع من طريق الحكم كمهر المثل، فأما قول أبي الحسن)[1]: أن المتعة المستحبة علىٰ قدر حال الرجل، فلا معنىٰ له؛ لأن ما لا يجب لا يتقدر، وإنما يرجع فيه إلىٰ اختياره.

١٦٦١ - [فَصْل: تقدير المتعة]

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن المتعة لا تزاد علىٰ نصف مهر المثل، ولا تنقص من خمسة دراهم؛ وذلك لأن مهر المثل عوض في العقد فكان يجب أن يتبعض بالطلاق كالمسمىٰ، وإنما أوجبوا المتعة تخفيفًا عن الزوج، فلا يجوز أن تزاد علىٰ ما أسقط علىٰ وجه التخفيف، ولا تنقص من خمسة لأنها تجب علىٰ طريق العوض، وأقل عوض يثبت في النكاح هو نصف العشرة.

١٦٦٢ - [فَصْل: الخلاف في تقدير المتعة][2]

وقد قال أصحابنا: إنّ المتعة ثلاثة أثواب: درع، وخمار، وملحفة، وقال الشافعي: ثلاثون درهماً[3]، وقد روي ثلاثة أثواب عن سعيد بن المسيب وعطاء، والحسن، والشعبي، وقال ابن عباس: أرفعُ المتعةِ الخادمُ، ثم دون ذلك الكسوةُ، ثم دون ذلك النفقةُ[4].

والدليل علىٰ ما قلناه قوله تعالىٰ: ﴿مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ وهذا اسم للمعروف،

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الأصل، ٤/٤٣٦.

(٣) قال الشيرازي: «والمستحب أن تكون المتعة خادمًا، أو مقنعة، أو ثلاثين درهمًا». المهذب ٤/٢٢٢.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة عن عكرمة، ٤/١٤١ انظر الروايات في الباب.



[ولأن][1] لإيجابه نظيرًا في النكاح وهو الكسوة التي تجب لها [١٣٩/أ] وليس لإيجاب الثلاثين نظير، فكان إيجاب ما له نظير في النكاح.

١٦٦٣ - [فَصل: الضابط في دفع المتعة]

قال أبو الحسن: وكل فُرْقَةٍ جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها، وإن كانت من قبل الزوج فلها المتعة، والأصل في ذلك: أن كل فرقة [جاءت] من [قِبَلِ] الزوج قبل الدخول والتسمية بطلاق أو لعان أو إيلاء أو فرقة غير ذلك، فلها المتعة؛ لأن هذه الفرقة يجب معها نصف المسمىٰ، والمتعة عوض عن ذلك عند عدم التسمية.

وكل فرقة جاءت من قبل المرأة قبل الدخول فلا مهر لها ولا متعة؛ لأن هذه الفرقة تمنع من وجوب شيء من المسمىٰ، فكذلك المتعة التي هي في مقابلته، وأما إذا خيّر الزوج المرأة فاختارت فهذه فرقة من جهة الزوج قامت المرأة فيها مقامه، فتجب لها المتعة.

قال: وكل فرقة من جهة الزوج بعد الدخول تستحب فيها المتعة إلا أن ترتد أو تأبىٰ الإسلام؛ لأن الاستحباب يثبت لطلب الفضيلة، والكافر لا يثبت له فضيلة[2].



(١) في ب (ولا) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/٤٣٥ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٥/٤٩.

بَابُ
ما تستحق به جميع المهر

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا دخل الرجل بامرأته، أو خلا بها خلوةً يمكنه معها الجماع فقد وجب لها جميع الصداق، والأصل في هذا ما قدمنا أن المهر يجب بالعقد، ويستقر [بمعاني تنضمّ إلى العقد][1]، فمنها: الدخول؛ لأنه استيفاء للمعقود عليه فيستقر به البدل كالقبض في البيع، ومنها: الخلوة الصحيحة: وهو أن يخلو بها وليس هناك مانع من الوطء، وقال الشافعي: لا يستقر المهر بالخلوة[2].

لنا: ما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «**من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل بها**»[3].

وروى زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون: أنه إذا أرخي الستر وأغلق الباب فلها الصداق كاملاً، وعليها العدة.

وروي عن عمر أنه قال: ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم.

وعن علي أنه قال: إذا أغلق الباب وأرخي الستر، فقد وجب الصداق[4].

---

(١) في ب (تتضمن إليه) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل، ٤/٤٣٦؛ المهذب للشيرازي، ٤/٢٠٣.

(٣) أخرجه الدار قطني في سننه (مرسلاً) ٣/٣٠٧؛ والبيهقي في الكبرى كذلك وقال: «هذا منقطع وبعض رواته غير محتج به». ٧/٢٥٦؛ والذهبي في تنقيح التحقيق وقال: «هذا مرسل والمرسل عندنا حجة وابن لهيعة فقد روى عنه العلماء». ٢/١٩٩.

(٤) أخرجه الذهبي عن عمر وعلّي رضي الله عنهما في تنقيح التحقيق، ٢/١٩٩.

وعن معاذ وزيد بن ثابت مثل ذلك ؛ ولأنه عقد على المنافع فإذا وجدت التخلية جاز أن يستقر البدل كالإجارة.

١٦٦٤ ـ [فَصْل: الخلوة التي يستقر بها المهر]

وأما الخلوة الصحيحة التي يستقر بها المهر فهو أن تسلم نفسها وليس هناك مانع، والمانع على ضربين:

مانع من طريق المشاهدة: مثل أن يكون هناك ثالث، أو يكون أحدهما مريضاً مرضاً يمنع من الجماع.

والضرب الثاني من طريق الحكم: وهو أن يكون أحدهما صائماً في رمضان، أو محرماً بحجة فريضة أو غير فريضة، أو تكون حائضاً.

أما المانع من طريق المشاهدة؛ فلأن التسليم المستحق بالعقد لم يوجد، ألا ترى أنه يرجى في هذا العقد تسليم على غير (هذه الصفة)[1]، وإذا لم يوجد التسليم المستحق صار كالبائع إذا خلَّى بين المشتري وبين السلعة وهناك مانع يمنع المشتري منها، وعلى (هذا المرض؛ لأنه يرجى زواله)[2] فيوجد التسليم [١٣٩/ب] الذي يمكن معه الوطء.

وأما الحيض والإحرام والصوم فهو مانع من جهة الدين، والمنع من جهة الدين أقوى من المنع من جهة الآدمي، فهو أولى بأن يمنع استقرار البدل، واختلفت الروايات في صوم غير رمضان، فقال في الرواية الصحيحة: أن صوم

(١) في أ (هذا الوجه).

(٢) في أ (المريض؛ لأنه يرجى برؤه).



التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذر لا يمنع الخلوة، روىٰ ذلك بشر عن أبي يوسف، لأن الضرر بالفطر فيه يسير، ألا ترىٰ أنه يلزمه القضاء، وليس كذلك صوم رمضان؛ لأنه يوجب القضاء والكفارة، ولهذا سَوَّوْا بين حجة الفرض والنفل؛ لأن الكفارة تجب فيهما والقضاء، وهو ضرر كبير.

وأما الرواية الأخرىٰ: وهي رواية المختصر فقال في (نفل الصوم)[1] إنه كفرضه؛ لأنه منهي عن الفطر [فيه] بغير عذر فصار كحجة النفل، وقد قالوا فيمن خلا بامرأته في مسجدٍ أو طريق أو صحراء: فليس ذلك بخلوة؛ لأنه يجوز أن يحصل هناك ثالث.

وقالوا: إذا خلا بها في حَجَلَةٍ أو قُبَّةٍ، وأرخىٰ الستر فهي خلوة؛ لأنه في حكم البيت.

وقالوا: ولو خلا بها علىٰ سطح لا حجب عليه فليس بخلوة؛ لأنه لا يأمن أن يطلع عليه مطلع فصار كالصحراء.

وقالوا: إذا كان معها في البيت أعمىٰ أو نائم فليست بخلوة؛ لأن الأعمىٰ يحس، والنائم يجوز أن يستيقظ، ولو خلا بها ومعه امرأة أجنبية فليست بخلوة؛ لأنه لا يحل له النظر إليها، فإن تزوج باثنتين فخلا بهما فليس بخلوة، قالوا: لأنه لا يحل [للرجل] أن يجامع امرأته بمشهدٍ من امرأة له أخرىٰ، وكان قول محمد الأول: أنه لو خلا بها وهناك جارية [له] كانت خلوة، ثم رجع فقال: لا تكون خلوة.

وجه [قوله الأول][2]: أن الأمة يجوز لها النظر إليه فليس لها حرمة

---

(١) في أ (صوم الفرض).

(٢) في ب (الرواية الأولىٰ) والمثبت من أ.

كحرمة الحرّة.

وجه قوله الآخر: أن الأمة لا يجوز لها النظر إليها فلا يجوز الوطء بمشهدٍ منها، ووطؤها له حلال كالزوجة.

١٦٦٥ـ [فَصْل: أثر وجود الصبي في الخلوة]

والصبي الذي يعقل كالرجل؛ لأن الإنسان [يمتنع][١] عن الوطء بمشهدٍ منه، [وإن كان لا يعقل فهي خلوة صحيحة؛ لأنه لا يمتنع عن الوطء بمحضر منه][٢]، والمجنون لو كان لا يعقل فهي خلوة صحيحة؛ لأنه لا يمتنع عن الوطء بمشهدٍ منه، [والمجنون] والمعتوه كالصبي وإن كانا يعقلان [فهي خلوة][٣]، وإن كانا لا يعقلان [فليست بخلوة][٤].

وقال أبو يوسف: سألت ابن أبي ليلىٰ عمن خلا بامرأته الحائض والمريضة والمحرمة، فقال: عليه المهر كاملاً، وليس بصحيح؛ لأن الزوج ممنوع من الوطء لحق الله تعالىٰ، فهو كالممنوع من جهة الآدمي.

١٦٦٦ـ [فَصْل: أثر موت الزوج في استقرار المهر]

وأما إذا ماتت المرأة أو مات الزوج استقر المهر، والدليل علىٰ ذلك: الإجماع؛ ولأن العدة واجبة عليها لا علىٰ وجه الاحتياط، فاستقر المهر كالمدخول بها، وقد دل علىٰ ذلك [أيضًا] ما روي أن النبي ﷺ قضىٰ لبروع بنت واشق وقد

(١) في ب (ينقبض) والمثبت من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب والمثبت من أ.

(٣) في ب (فليست بخلوة) والمثبت من أ.

(٤) في ب (فهي خلوة) والمثبت من أ.



مات زوجها قبل أن يدخل بها بمهر المثل[١] ؛ فدل علىٰ أن الموت كالدخول في استقرار المهر.

١٦٦٧ - [فَصل: أثر قتل الزوجة نفسها في المهر]

وإن قتلت الحرّة نفسها فلها المهر ، وقال الشافعي: لا مهر لها[٢].

لنا: أن المهر [١٤٠/أ] دين لها فلا يسقط بقتلها نفسها كسائر الديون ؛ ولأن قتل الآدمي نفسه لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا فصار كموته ، ولا يلزم قتل المولىٰ أمته ؛ لأنه يتعلق به الكفارة.

١٦٦٨ - [فَصل: في قتل المولىٰ الأمة]

وإن كانت أمة فقتلها مولاها فلا مهر لها عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: لها المهر.

لأبي حنيفة: أن المستحق للبدل منع المبدل قبل التسليم ، فقام ذلك مقام البراءة من البدل كالبائع إذا أتلف المبيع ؛ ولأنه عقد علىٰ منافعها ، فإذا قتلها قبل التسليم سقط البدل كالإجارة.

وجه قولهما: أن هذه الفرقة يتعلق بها الإرث ، ألا ترىٰ أن المولىٰ لو جرحها ثم أعتقها ، واكتسبت كسباً ثم ماتت ورثها الزوج ، وكل فرقة يتعلق بها الإرث يستقر بها البدل ، كالموت.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣١١٤)؛ والترمذي (١١٤٥)؛ والنسائي (المجتبىٰ) (٣٣٥٨)؛ وابن ماجه (١٨٩١)؛ ابن حبان في صحيحه ٤١١/٩.

(٢) ذكر الشيرازي المسألة علىٰ قولين، وقال: والثاني: «لا يسقط، وهو اختيار المزني، وهو الصحيح». المهذب ٢٠٤/٤، ٢٠٥.

١٦٦٩ - [فَصْل: في قتل الأمة نفسها]

وأما إذا قتلت الأمة نفسها فقد روىٰ هشام عن محمد عن أبي حنيفة: أنه لا مهر لها، وقال بشر عن أبي يوسف قياس قول أبي حنيفة: أن لا مهر لها، وروي عن أبي حنيفة: أن لها المهر، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

أما وجه الرواية التي قال لا مهر لها: أن قتلها نفسها كقتل المولىٰ، بدلالة أن جنايتها كجنايته بأن لا ضمان.

وجه الرواية الأخرىٰ: أن جنايتها علىٰ نفسها [هدر][1] فصارت كالموت. وجه قولهما: أنها فرقة تعلق بها الإرث كالموت.

١٦٧٠ - [فَصْل: سقوط المهر بعد الوجوب]

فإذا أوجب المهر بما ذكرنا لم يسقط وإن جاءت الفرقة من قبلها؛ لأن استقرار البدل يمنع من سقوطه بعد ذلك كاستقرار الثمن بالقبض[2].

وقال: وفي الخلوة الفاسدة [أن] عليها العدة؛ لأنهما يُتهمان في الوطء، والعدة تجب بالاحتياط.

١٦٧١ - [فَصْل: أثر الخلوة بالرتقاء في المهر]

قال: ولو خلا بالرتقاء[3] فلها نصف المهر ولا عدة عليها؛ وذلك لأن الرتق

(١) في ب (هذه) والمثبت من أ.

(٢) في أ (بقبض المبيع).

(٣) «الرتقاء: من رتقت المرأة رتقاً فهي رتقاء، أي: بينة الرتق، إذا لم يكن لها خَرق إلا المَبال». انظر: المصباح؛ المغرب (رتق).

معنىٰ يرجىٰ زواله ؛ لأن الطبيب يشقه ، فلم يوجد التسليم المستحق بالعقد ، فلم يستقر البدل ولا تجب العدة ؛ لأن الوطء متعذر والعدة إنما تجب علىٰ وجه الاحتياط ، وكذلك قالوا في خلوة المريض لهذا المعنىٰ فإن خلا بها وهو مجبوب[١] أو خصي أو عِنِّين[٢] ثم [طلقها] فلها المهر كاملاً وعليها العدة ، وهذا قول أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد إلا في المجبوب فإن لها نصف الصداق.

أما العِنِّين والخَصيّ فيوجد منهما الوطء فخلوتهما كخلوة غيرهما.

وأما المجبوب فوجه قول أبي حنيفة: أن عقد النكاح يوجب التسليم ، وليس في هذا العقد تسليم يرجىٰ إلا علىٰ هذا الوجه ، فكان هو المستحق بالعقد فاستقر به البدل.

فإن قيل: فما تقولون في الصحيح إذا تزوج ثم جُبَّ فخلا [بها].

قلنا: العقد إنما أوجب التسليم الذي لا يمكن أن يوجد ما هو أكثر منه ، فإذا طرأ الجب (فقد وجد من الخلوة ما يوجب العقد.

وجه قولهما: أن الجب)[٣] يتيقن معه عدم الوطء (أكثر مما يتيقن في المرض)[٤]، فإذا منع المرض الخلوة فالجب أولىٰ ، وأما العدة فقد ذكر أبو الحسن من قولهما: أن عليها العدة ، [١٤٠/ب] وقال أبو يوسف في المجبوب: إن كان ينزل فعليها العدة ؛ وإنما وجبت العدة لأن المجبوب قد يقذف بالماء ويثبت

---

(١) «الجَبُّ: القطع ، ومنه المجبوب: الخَصِيّ الذي استؤصل ذكره وخُصياه». المغرب (جبب).

(٢) «رجل عنين: لا يقدر علىٰ إتيان النساء أولا يشتهي النساء» كما في المصباح (عنن).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) في أ (كما يتيقن مع المرض).

نسب ولده ، وقد بينا أن العدة تجب على وجه الاحتياط .

قال أبو الحسن: فإن جاءت بولدٍ ما بينها وبين سنتين لزمه ، ووجب لها جميع الصداق ؛ لأنا لما حكمنا بثبوت النسب قام ذلك مقام الدخول في استقرار المهر ، وقد قال أبو يوسف في المجبوب الذي لا ينزل: إنه لا عدة عليها ، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه وإلا لم يثبت ، كما يقول في المطلقة قبل الدخول ، أو المعتدة إذا أقرت بانقضاء العدة ثم أتت بولد[١] .



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١١٨/٥ وما بعدها.




بَابُ
الرجل يطلق امرأته قبل الدخول
وقد وهبت له الصداقَ قبل قبضه أو بعده

قال: وجملة هذا الباب، أن المرأة إذا وهبت لزوجها مهرها قبل قبضه وهو دين أو عين، ثم طلقها قبل الدخول، فلا شيء له عليها، وقال زفر: يرجع عليها بنصف المهر، وهو قول الشافعي.

لنا: أن الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول عاد إليه من جهتها بسبب لا يقتضي الضمان، فلو ضمَّناها لضمّناها لأجل الهبة، والهبة لا توجب على واهبها ضماناً لأجلها، [ولأن نصف الصداق الذي يستحقه عاد إليه من جهتها بسبب لا يوجب الضمان][1]، فلم يكن له الرجوع عليها كالنصف الآخر.

وجه قول زفر: أنها لما وهبت فقد تصرفت في البدل، فصار كما لو وهبته لأجنبي، وأما إذا وهبت لأجنبي فقبضه رجع عليها الزوج؛ لأن قبض الأجنبي قام مقام قبضها، فكأنها قبضت ووهبت.

١٦٧٢ - [فَصْل: هبة المهر للزوج بعد قبضها]

وأما إذا قبضت المهر ثم وهبته للزوج فهو على وجهين: كل ما تعين (بالعقد)[2] إذا قبضته ووهبته لم يرجع عليها؛ لأن الذي يستحقه بالطلاق هو

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، وزيدت من أ.

(٢) في أ (بالقبض).

نصف الموهوب بعينه، وقد رجع [ذلك] إليه بسبب لا يقتضي الضمان، وكذلك إذا تزوجها على حيوان في الذمة أو عرض في الذمة؛ لأن الذي يستحقه بالطلاق نصف ذلك الشيء بعينه، فصار كأنه تعين بالعقد.

وأما إذا كان المهر دراهم أو دنانير معينة، أو غير معينة أو موزوناً أو مكيلاً في الذمة، فقبضته ووهبته ثم طلقها [قبل الدخول] رجع عليها [بمثل][1] نصفه؛ لأن المستحق بالطلاق ليس هو الذي وهبته، ألا ترى أنها كانت مخيرة إن شاءت دفعت ذلك، وإن شاءت دفعت غيره، فلم يعد إليه ما تستحقه بالطلاق، فكأنها وهبت مالاً آخر.

وقال زفر في الدراهم والدنانير إذا تزوجت عليها بعينها ثم قبضتها ووهبتها: إنه لا رجوع للزوج [عليها]؛ لأنها تتعين عنده بالعقد، فتتعين بالفسخ كالعروض، وهذه الرواية عن زفر مخالفة قوله في المسألة الأولى من الباب الذي ذكرناه، فإن صَحَّت هذه الرواية عنه، فلا بد أن يكون عنه روايتان في تلك المسألة.

١٦٧٣ - [فَصْل: هبة نصف مهرها الذي لم تقبض]

وأما إذا قبضت نصف مهرها ثم وهبت النصف [الباقي] ثم طلقها قبل الدخول قال أبو حنيفة: لا يرجع عليها بشيء؛ وذلك لأن الذي [١٤١/أ] تستحقه بالطلاق نصف ما في ذمته، ألا ترى أنها لو لم تكن وهبت له، لم يكن له أن يرجع عليها بشيء، وقد عاد إليه ما كان في ذمته [منه] بسبب لا يوجب الضمان.

وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليها بربع المهر؛ لأن الذي يستحقه نصف

(١) في ب (بنصف) والمثبت من أ.



المهر مشاعاً فيما في ذمته وفيما قبضت، إلا أنها إذا لم تكن وهبته، صار ما في ذمته قصاصًا بما له عليها، فإذا وهبت بقي حقه في نصف ما في يدها فيرجع به عليها.

١٦٧٤ - [فَصْل: الأرش بوجود العيب في المهر]

وقد قالوا في المرأة إذا قبضت المهر وهي جارية فولدت أو جُني عليها فوجب الأرش، أو كان نخلاً أو شجراً فأثمر أو دخله عيب ثم وهبته وطلقها، رجع عليها بمثل نصفه إن كان له مثل، (أو نصف قيمته إن لم يكن له مثل)[١]؛ وذلك لأن حق الزوج لم يكن متعلقاً به، ألا ترىٰ أنه لا يجوز أخذه مع الزيادة ويجوز له تركه مع العيب، فإذا لم يتعلق حقه به فلم يرجع إليه بالهبة ما يستحقه بالطلاق فكان له تضمينها، وأما إذا زاد المهر في [بدنه][٢] فوهبته له ثم طلقها، ضَمَّنَها عند أبي حنيفة وأبي يوسف علىٰ أصلهما: أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ، ولم يُضَمّنها عند محمد علىٰ أصله: أن هذه الزيادة لا تمنع الفسخ.

١٦٧٥ - [فَصْل: رجوع الزوجة فيما وهبته له من المهر]

قال أبو الحسن: فإن باعته المهر أو وهبته علىٰ عوض أو تصدقت به علىٰ عوض ثم طلقها، رجع عليها بمثل نصفه (فيما له مثل)[٣]، وبنصف القيمة فيما لا مثل له؛ وذلك لأن المهر عاد إلىٰ الزوج بسبب يتعلق به الضمان، فإذا وجب له الرجوع؛ ضمنها كما لو باعت من أجنبي ثم اشتراه الزوج من الأجنبي.

قال: فإن كانت باعت قبل القبض، فعليها نصف القيمة يوم البيع؛ لأنه

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (يديه) والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

دخل في ضمانها بالبيع ، وإن كانت قبضت ثم باعت ، فعليها نصف القيمة يوم القبض ؛ لأنه دخل في ضمانها بالقبض[1] . اهـ

---

(١) انظر: الأصل ٤/٤٤١ ، ٤٤٢ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٤٣٤ .

[٤٢] بَابُ
الخلع

قال أبو الحسن: الأصل في جواز الخُلْع(١) قول الله تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وروىٰ عكرمة عن ابن عباس: أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: والله ما عبت علىٰ ثابت في دِين ولا خُلُق، وإني لأكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضاً، فقال ﷺ: «**أتردين عليه حديقته**»(٢)، قالت: نعم، فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها ما ساق إليها ولا يزداد.

قال ابن جريج: وفيهما نزلت ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾ [البقرة: ٢٢٩]، يقول: لا تأخذ منها أكثر مما أعطيتها(٣).

١٦٧٦ـ [فَصل: الخلاف في الخلع]

والخلع عندنا طلاق، وقال الشافعي: فسخ(٤)، وفائدة الخلاف: أنه إذا

---

(١) «الخلع ـ بضم الخاء وفتحها ـ في اللغة: مشتق من النخلاع، وفي الشرع: عبارة عن عقد بين الزوجين، المال فيه من المرأة تبذله، فيخلعها أو يطلقها». كما في الجوهرة.
وفي اللباب: «إزالة ملك النكاح المتوقفة علىٰ قبولها بلفظ الخلع، أو ما في معناه». ١/٧٧.

(٢) أخرجه البخاري (٤٩٧١) وغيره من أصحاب السنن.

(٣) انظر: الأصل، ٤/٥٤٩ وما بعدها.

(٤) انظر: المهذب للشيرازي ٢/٧٥ (دار الفكر).

خالعها ثم تزوجها عادت إليه بتطليقتين عندنا (وعنده بثلاث)[١].

لنا: أنه فرقة بعوض كالطلاق على مال، ولا حجة (له)[٢] في قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ ثم قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ﴾ ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ فلو كان الخلع طلاقاً كان في الآية أربع تطليقات؛ [وذلك] لأن الله تعالى ذكر [١٤١/ب] تطليقتين بغير عوض، [ثم ذكرهما بعوض] ثم ذكر الثالثة فلا يكون في الآية أكثر من ثلاث، ولهذا [المعنى] قال أصحابنا: إذا قال لها: خالعتك، [ينوي الطلاق ولم يذكر عوضًا، كان طالقًا؛ لأنه من كنايات الطلاق، ولو نوى] به ثلاثاً كان ثلاثاً، كقوله: أنت طالق بائن.

١٦٧٧ - [فَصْل: حقيقة الخلع]

والخلع عندنا عبارة عن عقد على الطلاق بعوض، والدليل عليه ما قالوا في رجلٍ قال لرجل [آخر]: اخلع امرأتي، فخلعها بغير عوض لم يصحّ، وقالوا: لو قال لامرأته: اخلعي نفسك، فقالت: خلعت نفسي بألف [درهم]، وقف على إجازة الزوج، فدل على أن الخلع عبارة عما كان فيه عوض، فإذا قال الزوج: خالعتك، ونوى به الطلاق لم يكن خلعاً في الحقيقة، وإنما هو كناية في الطلاق.

١٦٧٨ - [فَصْل: نية الطلاق في الخلع]

وقد قال أصحابنا: إن الرجل إذا قال لامرأته: خالعتك على ألفٍ فقبلت، وقال: لم أنو بذلك الطلاق لم يُصَدّق؛ لأن ذكر العوض يصير كدلالة الحال،

(١) في أ (وقال الشافعي: تعود بثلاث).

(٢) في أ (لهم).

ولأن الخلع لا يكون إلا هكذا.

١٦٧٩ - [فَصْل: افتقار الخلع إلىٰ الإيجاب والقبول]

والخلع عقد يفتقر إلىٰ الإيجاب والقبول؛ ليقع به الفرقة من جهة الزوج، ويستحق العوض من جهة المرأة.

ويختلف حكم الإيجاب والقبول فيه، فإن ابتدأ الزوج فقال: خالعتك علىٰ ألف [درهم]، لم يصحَّ رجوعه عن ذلك، ولم يبطل لقيامه من المجلس قبل قبولها، ولم يقف علىٰ حضورها في المجلس بل يجوز إذا كانت غائبة، فإذا بلغها فلها القبول في مجلسها.

ويجوز أن يعلق ذلك بشرط وبوقت فيقول: إذا جاء غد فقد خالعتك علىٰ ألف [درهم]، وإذا قدم زيد فقد خالعتك علىٰ ألف [درهم]، والقبول إليها بعد مجيء الوقت وقدوم زيد، فإن [قبلت] قبل ذلك لم يجز، وإنما كان كذلك؛ لأن الزوج من جهته الطلاق، وإيجاب الطلاق لا يصح الرجوع عنه، ويجوز تعليقه بالشرط.

فأما إذا ابتدأت المرأة وقالت: خلعت نفسي منك بألف [درهم]، فذلك كإيجاب البيع، يجوز أن ترجع عنه قبل قبوله، ويبطل بقيامها من المجلس وبقيامه، ولا تقف علىٰ غائب، ولا يجوز أن يتعلق بشرط ولا وقت؛ لأن الذي من جهتها المال، والإيجاب في المال في حال الخلوة يبطل بالافتراق، ولا يتعلق بالشروط كالبيع، وعلىٰ هذا الأصل قال أبو حنيفة: إذا خالعها وشرطت لنفسها الخيار جاز، وقالا: لا يجوز.

وجه قول أبي حنيفة: أن الذي من جهتها تمليك المال، وشرط الخيار يجوز في تمليك المال بعوض كالبيع.

وجه قولهما: أنه عقد لا يحتمل الفسخ، وخيار الشرط مشروط للفسخ.

١٦٨٠ - [فَصْل: متىٰ يحل للزوج أخذ العوض في الخلع]

وقد قال أصحابنا: إن النشوز [والكراهة] إذا كان من الرجل لم يحل له أخذ العوض، لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ [النساء: ٢٠] وأما إذا كان النشوز من قِبلها حل له أخذ العوض، ويكره [له] أخذ ما زاد علىٰ ما أعطاها، لما روي أن النبي ﷺ قال لثابت بن قيس: «**خذ ما سُقْت إليها ولا تَزِد**»[١]، ولأنه إذا أخذ أكثر مما أعطاها فقد أضر بها وهو ممنوع عن الإضرار [١٤٢/أ].

١٦٨١ - [فَصْل: أخذ أكثر مما أعطاها في الخلع]

وإذا كان النشوز من قبله فأخذ عوضاً أو كان من قبلها فأخذ أكثر مما أعطاها، جاز ذلك في الحكم ولزم، وهو مكروه في الدين، وقال: نفاة القياس لا يجوز.

لنا: [ما روي] أن امرأة ناشزة رفعت إلىٰ عمر، فأباتها في بيت الرجل ثلاث ليال، ثم دعاها فقال: كيف وجدتِ مبيتكِ؟ فقالت: ما بت ليال منذ كنت

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٣١٣/٧.

عنده أقر لعيني منهن، فقال لزوجها: اخلعها ولو بقرطها)[1]. قال قتادة: يعني بمالها كله.

وروي أن مولاة لصفية بنت أبي عبيد زوجة ابن عمر اختلعت بجميع مالها، فلم ينكر ذلك ابن عمر؛ ولأن كل عقد جاز فيه العوض القليل جاز فيه العوض الكثير، كسائر العقود.

١٦٨٢ - [فَصل: كل ما كان مهراً في عقد النكاح كان عوضاً في الخلع]

قال أبو الحسن: وكل ما خالعها عليه مما يكون مهراً في عقد النكاح، فالخلع عليه جائز وهو لازم [للمرأة] في الحكم؛ وذلك لأن الخلع عقد على البضع كالنكاح، لمّا جاز أن يثبت بدلاً في أحد العقدين جاز أن يثبت في الآخر.

قال: فإن كان [مما بيّنت] لك أن الزوج بالخيار: بين أن يعطيها [المهر] أو قيمته، فكذلك المرأة تكون بالخيار، وهذا مثل الحيوان المطلق، وذلك لما بينا أن أحد العقدين معتبر بالآخر، فإذا كان الحيوان إذا سُمّي في أحدهما ثبت الخيار بينه وبين قيمته، فكذلك الآخر.

قال: وإن كان مُحَرَّماً لا يجوز عليه عقد النكاح، مثل الخمر والخنزير والميتة والدم والحُرّ، فإن قبل الزوج [ذلك] منها وقعت الفرقة بينهما، ولا شيء على المرأة من الجعل، ولا ترد من مهرها شيئاً؛ وذلك لأن هذه الأشياء لا يجوز أن تكون عوضاً في حق المسلمين ولا يملكونها بعقودهم فلم تصح تسميتها، ولا يجب للزوج شيء؛ لأنه رضي بما لا قيمة له.

---

(١) ذكره الزيلعي في تخريج الأحاديث والآثار، وعزاه إلى ابن شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما في كتاب الطلاق، ١٤٦/١.

وخروج البضع من ملكه ليس له قيمة فلا يرجع بشيء، وليس كذلك النكاح؛ لأن العوض فيه لا يسقط برضاها، فإذا سَمَّت ما لا قيمة له، صار ككسوتها عن العوض، ودخول البضع في ملك الزوج متقوّم، [فلذلك][1] وجب مهر مثلها.

١٦٨٣ ـ [فَصْل: حصول الخلع بشيء مجهول]

فإن خالعها على شيء أشارت إليه مجهول، فقالت: على ما في بطون غنمي أو نعمي، أو جاريتي من ولد، أو على ما في ضروعها من لبن، أو في نخلي أو في شجري من ثمر، فإن كان هناك شيء فهو له، وإن لم يكن هناك شيء ردت عليه ما استحقت عليه بعقد النكاح، والأصل في جواز تسمية الحمل واللبن والثمر في الخلع ـ خلاف ما قال الشافعي ـ أنها عينٌ يجوز استحقاقها بالوصية، فجاز تسميتها في الخلع كسائر الأعيان.

وإنما فرَّقُوا بين النكاح والخلع في باب تسمية هذه الأشياء؛ لأن الخلع رفع للعقد، ورفع العقد قد سومح فيه في [باب] التسمية ما لم يسامح في العقد، ألا ترى أن الإقالة تصح بغير ذكر العوض، وإن كان البيع لا يصح إلا بعوض مذكور، وأما إذا لم يكن هناك شيء فقد [غرَّته][2] بتسمية ما له قيمة، فلا يجوز أن يزول ملكه بغير عوض، ولا يمكن الرجوع إلى قيمة هذه الأشياء؛ لأنها مجهولة في نفسها، ولا إلى قيمة البضع لأنه لا يتقوم في خروجه من ملك الزوج، فوجب الرجوع [١٤٢/ب] إلى ما يقوم به على الزوج، وهو ما استحقته من المسمى

(١) في النسختين (فكذلك).

(٢) في ب (عتقه) والمثبت من أ.

أو مهر المثل.

١٦٨٤ - [فَصْل: الخلع على ما في بيتها]

قال: وكذلك إن قالت: على ما في بيتي أو [يدي][(١)] من متاع؛ وذلك لأنها أشارت إلى عين مقومة مجهولة فهو كاللبن والحمل، وإن كان هناك متاع استحقه، وإن لم يكن فقد غرته بتسمية ما له قيمة، فيرجع عليها بالمهر.

١٦٨٥ - [فَصْل: الخلع على في بطون الغنم والفروع]

فإن قالت: على ما في بطون غنمي أو ضروعها، أو على ما في نخلي أو شجري أو بيتي أو يدي، ولم تزد على ذلك، فإن كان هناك شيء أخذه، وإن لم يكن فلا شيء له؛ وذلك لأنها لم تسم ما هو مقوم، ألا ترى أنه قد يكون في البطن ما له قيمة وما لا قيمة له، وكذلك في اليد والبيت، فإذا لم تغره ـ والرجوع إنما يكون بحكم الغرور لم يرجع عليها [بشيء].

١٦٨٦ - [فَصْل]:

وإن قالت: قد اختلعت منك على [ما تلد غنمي أو تحلب، أو تثمر شجري، أو نخلي، أو ما أرث العام][(٢)] [أو] ما استغل من عَقاري، فقد وقعت الفرقة، وعليها أن ترد ما استحقت من المهر أثمر النخل والشجر أو لم يثمر؛ وذلك لأنها سمت مجهولاً وخطراً يجوز أن يكون ويجوز ألا يكون، وكل واحد من الأمرين يؤثر في العقود، فإذا سُومح بأحدهما لم يسامح بهما، وإذا لم تصح

(١) في ب (داري) والمثبت من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

التسمية فلا معتبر بالعين إلا أنها قد سمت ما له قيمة ، فوجب الرجوع بالمهر .

١٦٨٧ - [فَصْـل: الخلع على ما في يدها]

فإن قالت له: اخلعني على ما في يدي من دراهم أو دنانير أو فلوس ، [فإن كان] [١] في يدها شيء فهو له ، وإن لم يكن [في يدها ذلك] فعليها من كل صنف سمت ثلاثة وزناً من الدراهم والدنانير وعدداً من الفلوس ؛ وذلك لأنها لما سمت الدراهم باسم الجمع تعلق العقد بالتسمية ، فإن كان في يدها ثلاثة فصاعداً استحقها ؛ لأن العقد وقع عليها والجهالة لا تؤثر ، وإن لم يكن في يدها شيء أو كان في يدها أقل من ثلاثة ، فله ثلاثة ؛ لأنها أقل الجمع ، فالمستحق أقل ما يتناوله الاسم لأنه متيقن .

١٦٨٨ - [فَصْـل: اشتراط السلطان في الخلع]

والخلع عندنا جائز عند [السلطان و] غير السلطان ؛ وذلك لأنها فرقة لا يقف سببها على الحاكم فلا يقف على السلطان كسائر الفرق .

١٦٨٩ - [فَصْـل: العدة من الخلع]

وعلى المرأة من العدة ما عليها في الطلاق ، وذلك لما بينا أن الخلع طلاق ؛ ولأن العدة تجب في الفرق طلاقاً كانت أو غير طلاق .

١٦٩٠ - [فَصْـل: الطلاق على مال]

وأما الطلاق على [مال] فهو في أحكامه كالخلع ؛ وذلك لأنها فرقة

(١) في ب (فكان) والمثبت من أ.

بعوض، فما يعتبر في أحدهما يعتبر في الآخر، إلا أنهما يختلفان من وجه: وهو أن الخلع إذا وقع علىٰ عوض لا قيمة له بطل العوض وبقي الطلاق بائناً لأنه لفظ كناية، والفرقة الواقعة بالكنايات التي لم تجر مجرىٰ الصريح بائنة.

وأما الطلاق (علىٰ عوض)[1] إذا سمَّيا فيه ما لا قيمة له فتبطل، فالطلاق رجعي؛ لأن صريح الطلاق يقتضي الرجعة، وإنما تثبت البينونة لاستحقاق العوض، فإذا بطل العوض بقي مجرد الطلاق الصريح فتثبت الرجعة.

وإنما قلنا إن الطلاق علىٰ مال يكون بائناً؛ لأن الزوج ملك عليها العوض، فوجب أن تملك ما في مقابلته كسائر الأعواض، ولأن غرضها في بذل العوض التخلص من الزوج، فلو كان رجعياً لراجعها فذهب مالها بغير شيء، وهذا لا يجوز.

١٦٩١ـ [فَصْل: الخلع علىٰ حكم الزوج أو الزوجة]

قال: فإن خالعها علىٰ حُكْمه أو حُكمها أو حُكْم أجنبي إلىٰ آخر ما ذكر منه، فجملة هذا: أن الخلع علىٰ الحكم خلع علىٰ تسمية فاسدة، [١٤٣/أ] لأنها جهالة كثيرة وخطر، فالواجب في التسمية إذا دخلتها الجهالة والخطر [أن يردَّ] المهر الذي استحقته كما بيّنا، وإنما وجب المهر؛ لأن التسمية لما جعلت ما يقع به الحكم، فالحكم لا يقع إلا بمقوم، فقد غرته حين سمَّت ما يتقوم، إلا أنه لا ينحصر فيسلم فوجب الرجوع إلىٰ مهرها.

ثم لا يخلو إما أن يكون الحكم للزوج، فإن حكم بمقدار المهر أو أقل

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.



أجبرت على تسليم ذلك؛ لأنه حكم بالمستحق أو حط بعضه وهو يملك حط بعضه، فإن حكم بأكثر من المهر لم تلزمها الزيادة؛ لأنه أوجب لنفسه أكثر من المستحق بالعقد، فلا يصح إلا برضاها.

وأما إن كان الحكم إليها، فإن حكمت (بمهر المثل)[1] أو أكثر جاز ذلك، وأجبر الزوج على القبول؛ لأنها قضت بالمستحق أو زادت عليه، وهي تملك بذل الزيادة، فإن حكمت بأقل من المهر لم يجز إلا برضا الزوج؛ وذلك لأنها حطت بعض ما عليها وهي لا تملك الحط.

وأما إن كان الحكم إلى أجنبي فإن حكم بمهر المثل جاز، وإن حكم بزيادة أو نقصان لم تجز الزيادة إلا برضا المرأة، والنقصان إلا برضا الزوج؛ لأن الأجنبي لا يملك إسقاط حق [كُلٍّ] واحدٍ منهما.

١٦٩٢ - [مَسْألة: سقوط حقوق النكاح بالخلع]

قال أبو حنيفة: إذا خالعها أو تبارآ، سقط كل حق تعلق بعقد النكاح عنهما، فإن كان ذلك قبل الدخول ولم [يدفع][2] المهر إليها، لم يكن لها المطالبة بنصفه، وإن لم يذكر ذلك في الخلع، وإن كانت قبضت المهر فلا رجوع للزوج عليها بشيء، وقال أبو يوسف في المبارأة مثل قول أبي حنيفة، وقال في الخلع: لا يسقط إلا ما سَمَّيا، وقال محمد: لا يسقط فيهما إلا ما سَمَّيا.

وجه قول أبي حنيفة: أن المبارأة مفاعلة من البراءة، فيقتضي إسقاط كل

---

(١) في أ (بمثل المهر).

(٢) في ب (يزوّج) والمثبت من أ.

واحد منهما للحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه، أصله: المتخاصمان في الديون إذا اصطلحا على مال سقط بالصلح كل ما تنازعا فيه، وأما الخلع فهو مأخوذ من انخلاع الشيء من الشيء، وذلك يقتضي سقوط الحقوق، فحَلَّ محل البراءة.

وجه قول أبي يوسف: أن المبارأة صريحة في البراءة، والخلع ليس في لفظه ما يقتضي البراءة فيسقط به ما سَمَّيا دون غيره.

وجه قول محمد: أنه طلاق بعوض، فلا يسقط فيه ما لم يشترطا إسقاطه كالطلاق على مال، قال: ولأنه لا تسقط الديون التي لا تتعلق بالنكاح لأنهما لم يسمياها، وكذلك ما يتعلق بالنكاح، ولأنه لا تسقط النفقة وهي من أحكام النكاح فكذلك المهر.

والجواب: أما الديون التي لا تتعلق بالعقد فلم تقع المنازعة فيها ولا في سببها، فلا تسقط بالعقد.

وأما في مسألتنا فالمنازعة إنما تقع في حقوق هذا العقد، وهما يقصدان بالخلع إزالة [العقد][1] بينهما، (وذلك يكون بإسقاط حقوقه)[2]، فأما النفقة فلأنها حق لم تجب، [والبراءة][3] إنما تسقط ما وجب من الحقوق قبلها، وما وجب بعدها لا تؤثر فيه.

١٦٩٣ - [مَسألة: طَلَب الطلاق ثلاثاً بألف فطلقها واحدة]

قال أبو حنيفة: إذا قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً على ألف [درهم]، فطلقها

(١) في ب (الحلف) والمثبت من أ.

(٢) في أ (وذلك لا يكون إلا بإسقاط حقوقه).

(٣) في ب (والمرأة) والمثبت من أ.



واحدةً وقعت بغير عوض، وقالا: تقع بثلاث آلاف[1].

وجه قول أبي حنيفة: أن (على) فيها معنى الشرط، فصار إيقاع الثلاث [١٤٣/ب] شرطاً في استحقاق العوض، فلا يستحق ببعض الشرط شيء، (وليس كذلك إذا قالت: طلقني ثلاثاً بألف؛ لأن الباء ليس فيها معنى الشرط)، وإنما فيها معنى العوض، فانقسمت الألف على التطليقات، فكانت في مقابلة كل واحدة [من الثلاث]، وليس كذلك إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً بألف، فطلقت واحدة؛ لأنه لم يرض بالبينونة إلا بكل الألف، فلم يجز وقوع البينونة ببعضه.

فإذا أمرته بالطلاق فقد طلبت البينونة بألف، فإذا أوقع واحدة، فقد أبانها بثلاثة، وذلك فعل لما طلبت وزيادة فلذلك جاز، ولا يلزم إذا قالت امرأتان له: طلقنا على ألف، فطلق إحداهما؛ لأنه لا عوض لكل واحدة منهما في طلاق الأخرى، فلم يعتبر معنى الشرط، وللمرأة غرض في اجتماع تطليقاتها؛ لأن ذلك أقوى للتحريم وأبعد من الرجوع، فلذلك اعتبر معنى الشرط.

وجه قولهما: (أنها جعلت الألف)[2] في مقابلة التطليقات فانقسم عليها كما لو قالت: طلقني ثلاثاً بألف.

١٦٩٤ـ [فَصل: صورة من الطلاق على مال]

وأما إذا قالت له: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثاً وقعن عند أبي حنيفة بغير شيء؛ لأنه عدل عما سألته؛ لأن الثلاث لا يُعبَّر بها عن الواحدة،

---

(١) المبسوط، ١٧٤/٦ (دار المعرفة).

(٢) في أ (أنه جعل الألف).

فصار كالمبتدئ للطلاق [فتقع الثلاث بغير شيء].

وقالا: يقع الثلاث واحدة منها بألف؛ لأن الواحدة في مضمون الثلاث، فقد أوقع ما سألته وزيادة، فكأنه قال: أنت طالق واحدة وواحدة، وواحدة.

١٦٩٥ـ [فَصْل: صورة من الطلاق على مال]

وأما إذا قالت له: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثاً بألف، وقف ذلك عند أبي حنيفة، فإن قبلت جاز وإلا بطل؛ لأنه عدل عما سألته وابتدأ طلاقاً بعوض، فيقف على قبولها.

وعلى قولهما: يقع الثلاث واحدة منها بألف كما سألت، واثنتان بغير شيء.

وحكى أبو بكر عن [أبي] الحسن أنه قال: رجع أبو يوسف في هذه المسألة إلى قول أبي حنيفة؛ وذلك لأن الزوج جعل الألف في مقابلة ثلاث تطليقات، وهذا غير ما سألت، فصار ذلك كابتداء كلام، فيقف على قبولها.

وقد ذكر أبو يوسف في الأمالي: أن الثلاث تقع واحدة منها بثلث الألف، واثنتان تقف على قبول المرأة، وهذا صحيح (على أصلهما)[1] لأنها جعلت في مقابلة الواحدة ألفاً، فإذا أوقعها بثلثها فقد زادها خيراً، فابتدأ بتطليقتين بثلثي الألف، فوقف ذلك على قبولها.

١٦٩٦ـ [فَصْل: صورة من الطلاق على مال]

قال أبو حنيفة: إذا قالت له: طلقني ثلاثاً ولك ألف، فطلقها فلا شيء له،

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.



وقالا: له الألف.

وجه قول أبي حنيفة: أنها ذكرت الألف غير متعلقة بالطلاق، ألا ترىٰ أن من قال لامرأته: أنت طالق وزيد في الدار، لم يقف الطلاق علىٰ الشرط، فإذا لم تتعلق التطليقات بالعوض لم يستحق شيئاً.

وجه قولهما: أنه لا فرق في الأعواض بين الباء والواو، ألا ترىٰ أن من قال: احمل هذا بدرهم، أو احمله ولك درهم، استحق العوض في الوجهين فكذلك في مسألتنا.

والجواب: أن الطلاق لا يقف وقوعه علىٰ عوض، فإذا لم يذكر لفظ العوض وقع [١٤٤/ب] بغير شيء، والإجارة لا تصح إلا بعوض، فحمل اللفظ علىٰ العوض تصحيحاً للعقد؛ ولأن في الإجارة قد جرت عادة الناس باستعمال هذا اللفظ، ولم يجر مثلها في الطلاق[١].



(١) انظر: الأصل ٤/٥٤٩ وما بعدها.

[٤٣] بَابُ
الإيلاء

قال الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، والإيلاء في اللغة: اليمين.

قال الشاعر:

قليلُ الألَايَا حافظ ليمينه ❊ إذا نذرت منه الألِيَّةُ بَرَّتِ[١]

وقد صار في الشريعة: عبارة عن اليمين على ترك الوطء في الزوجة مدة مخصوصة، وهذا التخصيص لا يعرفه العرب، فالاسم شرعي فيه معنى اللغة.

وقد كان الإيلاء طلاقاً في الجاهلية، فجعلته الشريعة طلاقاً مؤجلاً يتعلق بمضي المدة إذا عدم الفيء فيها، والأصل في انعقاده الآية.

وقد قال أصحابنا: إن الإيلاء لا يكون إلا بالحلف على ترك الوطء في الفرج أربعة أشهر فصاعداً في الحرة[٢].

وقال نفاة القياس: يصح، وإن حلف على ترك الوطء ساعة.

والدليل على ما قلناه قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ

---

(١) البيت ذكره الجوهري في الصحاح (وإن سبقت) بدل (إذا نذرت).
ونحوه الزبيدي في تاج العروس؛ وابن منظور في اللسان، وقال: «ورواه ابن خالويه قليل الإلاء، يريد الإيلاء: فحذف الياء، والفعل آلى يؤلي إيلاء: حلف...». (آلى).

(٢) انظر: الأصل ٥/٢٥ وما بعدها؛ مختصر القدوري ص٣٨١.

أَشۡهُرٖ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، فخَصَّ التَّرَبُّص بهذه المدة، فلو صحت اليمين على ما دونها لم يكن لمدة التخصيص معنى، ولأنه إذا عقد على ما دونها، فمضت المدة وهو ممتنع من وطئها بغير يمين، فلا يقع عليها طلاق: كمن ترك وطء امرأته.

١٦٩٧ - [فَصْل: حلف الزوج على أربعة أشهر]

وقد قال أصحابنا: إنه إذا حلف على أربعة أشهر كان مولياً، وقال الشافعي: لا يكون مولياً حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر[1].

لنا: قوله تعالى: ﴿تَرَبُّصُ أَرۡبَعَةِ أَشۡهُرٖ﴾ والمدة المذكورة في القرآن للتربص لا يجوز الزيادة عليها كمدة العدة، والفيء المذكور: هو الوطء في المدة مع القدرة، وقال الشافعي: الوطء بعد المدة.

لنا: ما روي في قراءة ابن مسعود: فإن فاؤوا فيهن، ولأن الله تعالى قال: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ ثم قال: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ۝٢٢٦ وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ﴾ [البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧] فهذه الفاء [للتقسيم][2]، فأحد القسمين يكون في المدة، والآخر بعدها كقوله تعالى: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ﴾ [البقرة: ٢٣١] لما ذكر المدة وجاء بالفاء للتقسيم، كانت الرجعة في المدة والبينونة بعدها.

١٦٩٨ - [فَصْل: عزيمة الطلاق]

قال: وعزيمة الطلاق عندنا ترك جِمَاعِهَا باليمين أربعة أشهر، فإن مضت

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٣٨١؛ الأم، ٥/٢٦٩ (دار المعرفة)، وانظر: المنهاج ص٤٣٢.

(٢) في ب (للقسم) والمثبت من أ.

قبل أن يجامعها بانت.

وقال الشافعي: إذا مضت المدة وقفه الحاكم وقال له: إما أن تطأ أو تطلق، فقد ذكر أبو الحسن مثل قولنا عن علي، وابن مسعود، وابن عباس، وزيد، وعثمان، وابن عمر، ومسروق، وشريح، والحسن، وابن سيرين، وابن الحنفية، وابن المسيب، وأبي بكر ابن عبد الرحمن، ومكحول، ومجاهد.

والدليل على ما قلناه: إنّ الإيلاء كان طلاقاً معجلاً في الجاهلية فأجَّله الشرع، والطلاق المؤجل يقع بمضي المدة من غير إيقاع، أصله إذا أجَّله الزوج فقال لها: أنت طالق رأس الشهر.

١٦٩٩ - [فَصْل: اليمين المانعة من المواقعة]

قال أبو الحسن: وكل يمين منعت جماع حرة أربعة أشهر فصاعداً إلا بحنث يوجب الكفارة فهو مُولٍ، وهذا الذي ذكره ليس بحد الإيلاء؛ لأنه لا يشتمل على جميعه، وإنما ذكر جملة لا توجد إلا [١٤٤/ب] في الإيلاء.

فأما الحد [فقد][1] قال أصحابنا: إنه كل يمين في زوجة منعت جماع المدة المشروطة إلا بمعنى يلزمه يتعلق بالأيمان، أو يتعين إيلاء، وإنما كان ما ذكره أبو الحسن إيلاءً؛ لوجود هذا الحد فيه، وإن كان ما ذكره غير [عام].

١٧٠٠ - [فَصْل: مدة إيلاء الأَمَة]

قال أبو الحسن: وكذلك الأَمَة إذا كانت اليمين تمنع جماعها شهرين فصاعداً، وقال الشافعي: مدة إيلاء الأَمَة كمدة إيلاء الحرة.

---

(١) في ب (وجد) والمثبت من أ.

لنا: أنها مدة ورد بها القرآن بلفظ التربص، فكان للرق تأثير في نقصانها كمدة العدة.

١٧٠١ - [فَصْـل: في الفيء في الأمة]

قال أبو الحسن: وسبيل الأمَة في الفيء وعزيمة الطلاق في مدة إيلائها كالحرة؛ وذلك لأن حكم الإيلاء إنما يثبت في الحرة؛ لأنه قصد الإضرار بها، فعوقب بضرب من المدة، وهذا المعنىٰ موجود في الزوجة الأمَة.

١٧٠٢ - [فَصْـل: اليمين التي تكون إيلاءً]

قال: ولا يكون اليمين إيلاءً إلا أن يحلف علىٰ الجماع في الفرج خاصة؛ وذلك لأن الإيلاء ثبت حكمه لأنه قصد منع حقها، وحق المرأة في الجماع دون غيره.

١٧٠٣ - [فَصْـل: ما يكون مولياً من الأيمان]

قال: وكل يمين يلزم بها معنىٰ غير الكفارة، فهي علىٰ ضربين: منها ما يكون مُولياً، ومنها ما لا يكون به مولياً، وفي ذلك خلاف سنبيّنه بعد هذا.

وكأنَّ أبا الحسن لما لم يستمر له الحد الذي يَطَّرد وينعكس ذكر الطرد[١] ثم قسم العكس ليبين أن الكلام الأول لا يستغرق استغراق الحدود.

---

(١) «الطرد: ما يوجب الحكم لوجود العلة، وهو التلازم في الثبوت». «والعكس: عدم الحكم لعدم العلة»، كما في التعريفات (الطرد والعكس).

والطرد والعكس: «أن يوجد الحكم عند وجود وصف، ويرتفع عند ارتفاعه في صورة واحدة، ويعد شرطًا من شروط صحة العلة المؤثرة التي يدور معها الحكم وجودًا وعدمًا، ويسمىٰ الجريان والدوران». معجم مصطلحات أصول الفقه (طرد).

١٧٠٤ـ [فَصْل: الإيلاء بعدم مماسة الجلد الجلد]

قال محمد في رجل حلف فقال: والله لا يمس جلدي جلدكِ، إنه ليس بمُولٍ؛ وذلك لأنه يحنث بغير الجماع، والإيلاء وقف الحنث [فيه] على الجماع؛ ولأنه يقدر على جماعها بغير مماسة الجلد إذا لف ذكره بحريرة.

١٧٠٥ـ [فَصْل: في فرقة الإيلاء]

قال أبو الحسن: وإذا وقعت تطليقة بمضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أخرى وهي في العدة، لم يقع طلاق آخر.

والأصل في هذا: أن الفرقة التي تقع بمضي المدة طلاق بائن؛ وذلك يقع من طريق الحكم، والفرقة الحكمية بائنة، ولأنا نوقع الفرقة لتخليصها من زوج يمنعها حقها لتتوصل إلى زوج لا يمنعها [حقها]، (فلو جعل أنها رجعية)[1] لراجعها، فلم يحصل الغرض، فإذا ثبت أن الفرقة بائنة وابتدأ المدة الثانية عقيب الأولى، فيحصل ابتداؤها وهي بائنة لا حق لها في الوطء، فلا تتعلق بالإيلاء فرقة[2].

١٧٠٦ـ [فَصْل: عود الإيلاء باليمين]

[قال]: فإن تزوجها بعد مضي الأربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر منذ تزوج بانت بأخرى، وكذلك إن تزوجها ثالثة؛ وذلك لأن المولي إذا أطلق الإيلاء فكأنه قال: أنت طالق بمضي كل أربعة أشهر لا أطؤك فيها، فإذا بانت سقط حقها من

---

(١) في أ (فلو جعلناها رجعية).

(٢) انظر: الأصل ٥/٢٥.

الوطء فسقط حكم الإيلاء، فإذا تزوجها عاد حقها في الوطء، واليمين بحالها لم تنحل فيعود الإيلاء.

وهذا فرع على أصلنا: أن زوال الملك لا يوجب بطلان اليمين، وبيان ذلك في كتاب الأيمان.

١٧٠٧ - [فَصْل: وقوع الإيلاء بعد وقوع الطلاق]

فإن تزوجها بعد وقوع الثلاث تطليقات، فمضت أربعة أشهر لم يقع عليها شيء عندنا؛ لأنه استوفى طلاق الملك الذي حلف فيه، واستفاد طلاقاً لم يكن في ملكه يوم اليمين، ولا أضاف يمينه إليه، ولا هو تابع لما كان في ملكه، فلم يقع.

وقال زفر: يقع عليها أبداً [وبنى] على أصله أن استيفاء طلاق الملك لا يمنع [١٤٥/أ] وقوع الطلاق باليمين.

١٧٠٨ - [فَصْل: الإبانة بعد الإيلاء]

وإذا آلى منها ثم أبانها، فمضت أربعة أشهر وهي في العدة، وقعت أخرى بالإيلاء؛ وذلك لأن ابتداء الإيلاء كانت وهي زوجة، فصحَّ الإيلاء، فإذا أبانها [صارت مبتوتة[١]]، فالمبتوتة تلحقها البينونة بعقد سابق، وإن كان لا تلحقها ابتداءً على ما بيناه في الطلاق[٢].

---

(١) المبتوتة ـ من بتَّ الطلاق ـ: إذا قطعها عن الرجعة، أي: المطلقة طلاقًا بائنًا. انظر: مختار الصحاح؛ المصباح (بتّ).

(٢) انظر: التجريد، ١٠/٥٠١١ وما بعدها.




بَابُ
اليمين التي يكون الحالف بها مولياً

قال الشيخ رحمه الله: جملة هذا الباب أن اليمين على ضربين[1]: يمين هي قَسَم: وهي ما اقتضى تعظيم المقسم به، ويمين: هي شرط وجزاء[2].

فالنوع الأول: ما كان حالفاً باسم من أسماء الله تعالى، [أو بصفة من صفاته سبحانه][3]، كقوله: والله، والرحمن، والرحيم، والكبير، والجليل، والطاهر، والقادر، واللطيف، والخبير.

والصفة على ضربين: ما كان من صفات الذات فهو يمين، كقوله: وعزة الله، وعظمته، وجلاله، وكبريائه، وقدرته، وكذلك إذا قال: واللهِ، وتاللهِ، وباللهِ.

فأما قوله: وعِلْمُ الله، فالقياس أن يكون يميناً، والاستحسان: لا يكون يميناً.

وصفات الفعل لا يكون بها مولياً، كقوله: وغضب الله، وسخطه، ورحمته، وثوابه؛ وذلك لأن اليمين بالاسم منعقدة [فيه]، لأن الواجب تعظيم المسمى ومراعاة حرمته.

فأما صفات الذات فذكرها كذكر الموصوف؛ لأنها لا تنفرد عنه.

وأما صفات الفعل: فهي غير الله تعالى، والحلف بغير الله تعالى لا يكون

(١) انظر بالتفصيل في باب الأيمان في الكتاب؛ ومختصر القدوري ص٥٠٣.
(٢) انظر: مختصر القدوري ص٣٨١.
(٣) ما بين المعقوفتين زيدت لاقتضاء العبارة واستقامتها كما تأتي.

يميناً، وقد كان القياس في: (علم الله) أن يكون يميناً؛ لأن العلم من صفات الذات، ولكنهم استحسنوا وقالوا: العلم يذكر ويراد به المعلوم، فيقول القائل: اللهم اغفر لنا علمك فينا، يريد: معلومك، والحلف بمعلوم الله تعالىٰ ليس بيمين.

فأما ألفاظ القَسَم فهي: الباء، والواو، والتاء، وأصلها الباء؛ (لأنها من أعم)[1] الحروف، ألا ترىٰ أنها تدخل علىٰ القسم بالله وبغيره وبالمضمر والمظهر.

والواو: أخص منها؛ لأنها تدخل علىٰ المظهر دون المضمر.

والتاء: أخص منها؛ (لأنها لا تدخل إلا علىٰ اسم الله تعالىٰ، وعلىٰ هذا: وايم الله وايمن الله)[2]؛ لأن العادة جرت من العرب بالحلف بذلك، فصار قَسَماً، وكذلك قوله: لعمرُ الله؛ لأن العمر هو البقاء، والبقاء من صفات الذات، فكأنه قال: والله الباقي، وكذلك أُقْسِم، أو أقسم بالله.

وقال زفر: إذا قال: أقسم لا يكون يميناً.

(لنا: قول)[3] الله تعالىٰ: ﴿إِنَّا بَلَوْنَٰهُمْ كَمَا بَلَوْنَآ أَصْحَٰبَ ٱلْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا۟ لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ﴿١٧﴾ وَلَا يَسْتَثْنُونَ﴾ [القلم: ١٧ ـ ١٨] والاستثناء يدخل علىٰ الأيمان، ولم يقل: «إذ أقسموا بالله»، فأما إذا قال: أقسم بالله، فقد صرَّح بالمقسم به فأولىٰ أن يكون يميناً.

فأما إذا قال: أحلف، أو أحلف بالله؛ فهو يمين، وقال زفر في أحلف: لا

---

(١) في أ (لأنه أعلم).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٣) في أ (لقوله تعالىٰ).

يكون يميناً.

لنا: قوله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ لَكُمْ لِتَرْضَوْا عَنْهُمْ﴾ [التوبة: ٩٦] ولم يقل: «يحلفون بالله»، فأما أحلف بالله، فلقوله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَالُوا﴾ [التوبة: ٧٤].

وأما إذا قال: أشهد، أو أشهد بالله، فهو يمين لقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١] ثم قال: ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢].

وأما زفر فقال في جميع ذلك: إذا لم يذكر اسم الله فليس بيمين؛ لأنه يحتمل أن يكون القسم به أو بغيره، وأما إذا قال: عَلَيَّ عهد الله أو ميثاقه، أو ذمته، فهو يمين لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١] فدل على أن العهد يمين، والميثاق في معنى العهد، فأما الذمة فلقوله ﷺ: «**فإن أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تفعلوا، فإنكم إن تخفروا ذممكم وذمم آبائكم خير من أن تخفروا ذمة الله**»[1].

وأما إذا قال: أنا بريء من الإسلام، أو يهودي، أو مجوسي، أو نصراني (إن قربتك)[2]، فهذا كله يمين، وذلك لقوله ﷺ: «**من حلف بملة غير ملة الإسلام فهو كما قال**»[3]، فسمى ذلك حلفاً، ولأن الكفر محرمٌ على التأبيد لحق

---

(١) أخرجه الترمذي (١٦١٧)؛ والنسائي في الكبرى (٨٧٨٢)؛ والدارمي في سننه ٢/٢٨٥؛ وأحمد في المسند ٥/٢٥٨؛ «ورواه البزار، وفيه سالم بن عبد الواحد المرادي، وثّقه ابن حبان، وضعّفه ابن معين»، كما قال الهيثمي في المجمع ٥/٢٥٧.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) أخرجه عبد الباقي في معجم الصحابة من حديث ثابت بن الضحاك بزيادة (كاذباً متعمداً فهو كما قال)، ١/١٢٨؛ والبيهقي في شعب الإيمان، عن ثابت بن الضحاك، قال: «رفعه إلى النبي ﷺ، فذكره بمعناه، غير أنه لم يذكر النذر، أخرجاه في الصحيح من حديث أيوب ويحيى بن أبي كثير». ٤/٢٩٤.



الله تعالىٰ فهو كحرمة اسمه الذي حَرَّم هتكه علىٰ التأبيد.

وكذلك إن قال: إن قربتك فعَلَيَّ يمين، أو كفارة اليمين؛ (لأنه صرح بإيجاب اليمين، فلا فرق بين ذلك وبين قوله: واللهِ، وأما إيجاب كفارة اليمين)، فلأن اليمين إنما يصير بها مُوْلياً؛ لأنه لا يتوصل إلىٰ الوطء إلا بالكفارة، فإذا التزم الكفارة فهو مثله.

وقد قالوا فيمن قال: إن قربتك فعَلَيَّ نحر ولدي فهو مولٍ، وقال زفر: لا يكون مولياً، وهذا فرع علىٰ (أن هذا النذر)[1] يوجب ذبح شاة، وذلك من جملة الكفارات.

فإن قال: إن قربتك فعَلَيَّ حِجَّة أو عُمْرة، فهو مولٍ؛ لأن الحِجَّة والعمرة من أحكام الأيمان، ألا ترىٰ أنها توجب الكفارات بمقتضاها، ولا يتوصل إليها إلا بالمال في الغالب، فإن قال: فَعَلَيَّ هَدْيٌ فهو مثله؛ لأن الهَدْيَ من جملة الكفارات، فإن قال: فعَلَيَّ صدقة فمثله؛ لأن الصدقة من أحكام الكفارة: وهي الإطعام، فإن قال: فعَلَيَّ صيام فهو مولٍ؛ لأن الصيام من أحكام الكفارة، وكذلك الاعتكاف؛ لأنه لا يصح إلا بصوم.

وأما القِسْم الثاني من الأيمان: وهو الشرط والجزاء فيمينٌ لا يعرفها أهل اللغة، وإنما يعرفون القسم، والشرط والجزاء صار يميناً بعرف أهل الشريعة إذا كان للامتناع، ولم تجر عادة بخلاف ذلك، فإذا كان هذا من أيمان الشرع صار كالقَسَم، فإذا قال: إن وطئتك فعبدي حرٌّ، أو فلانة طالق، أو هي كظهر أمي فهو

(١) في أ (أن النذر به).



مولٍ؛ لأنه لا يتوصل إلىٰ الوطء إلا بمعنىٰ يلزمه من أحكام اليمين(١).

١٧٠٩ - [فَصْل: المختلف من العبارات في الإيلاء]

فإن قال: إن قربتك فعَلَيَّ أن أصلي ركعتين أو أغزو، لم يكن موليًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكان موليًا عند محمد وزفر والحسن بن زياد.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الصلاة ليست من أحكام الأيمان، فصار إيجابها كإيجاب صلاة الجنازة وسجدة التلاوة.

وجه قول محمد: أن الصلاة يَصِحُّ إيجابها بالنذر كالصوم والحج، قال محمد: واختلافهما في أن الحجَّ فيه معنىٰ المال، والصلاة ليس فيها معنىٰ المال، لا يقتضي التفريق [بينهما].

ألا ترىٰ أنه إذا قال: لله علي أن أصليٰ ركعتين في بيت المقدس، لم يكن موليًا، وإن كان لا يتوصل إلىٰ ذلك إلا بمال، فأما صلاة الجنازة فلأنه لا يصح إيجابها؛ لأن من فعلها وقعت واجبة بالشرع لا بإيجابه، وسجدة التلاوة لا تجب إلا بالتلاوة.

وقد قالوا فيمن قال: إن قربتك فلله عَلَيَّ صوم شهر كذا، فإن كان ذلك الشهر يمضي قبل الأربعة أشهر فليس بمولٍ؛ لأنه إذا مضىٰ أمكنه الوطء في المدة من غير شيء يلزمه، وإن كان لا يمضي إلا بعد الأربعة فهو مولٍ؛ لأنه لا يتوصل إلىٰ وطئها في المدة إلا [١٤٦/أ] بصيام يلزمه.

(١) انظر: مختصر القدوري ص٥٠٣.

وقالوا فيمن قال: أنا منك مولٍ، فإن [عنىٰ][1] الخبر بالكذب فليس بمولٍ فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأن لفظه لفظ الخبر فلا يصدق في القضاء؛ لأن الظاهر من كلامه الصفة، وإن عنىٰ الإيجاب فهو مولٍ في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه يوقع الإيلاء بهذا اللفظ وهو يملك إيقاعه[2].

١٧١٠ - [فَصْل: الإيلاء بلفظ (حرام)]

وإن قال: إن قربتك فأنت عَلَيَّ حرام [ينوي الطلاق، فهو مولٍ عندهم جميعًا؛ لأنه لا يتوصل إلىٰ وطئها إلا بحنث يلزمه، فإن] نوىٰ اليمين فهو مولٍ عند أبي حنيفة؛ لأنه [لا][3] يتوصل إلىٰ وطئها إلا بمعنىٰ يلزمه وهو التحريم، فصار كقوله: أنتِ عَلَيَّ كظهر أمي.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكون مولياً؛ لأن الحرام إذا نوىٰ به اليمين، [فهو إيلاء][4]، فصار كمن قال: إن قربتك فو الله لا أقربك.

١٧١١ - [فَصْل: التشبيه في الإيلاء]

فإن قال: فأنتِ عليّ مثل امرأة فلان، وقد كان فلان آلىٰ من امرأته، فإن نوىٰ الإيلاء كان مولياً؛ لأنه شبهها بها في باب اليمين فتساويا، وإن لم ينو اليمين ولا التحريم لم يكن مولياً؛ لأن التشبيه لا يقتضي الاشتراك في كل الصفات.

ولو آلىٰ من امرأة وقال للأخرىٰ: قد أشركتك في إيلائها، كان باطلاً؛ لأن

---

(١) في ب (علىٰ) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥/٢٦، ٢٧.

(٣) زيدت ما بين المعقوفتين من أ.

(٤) في ب (يمين) والمثبت من أ.



الشركة تقتضي أن لا يحنث إلا بوطئها، وذلك تغيير لموجب اليمين؛ [لأن الشركة تقتضي أن تكون المدة بينهما، فيصيب كل واحدة منهما أقل من أربعة أشهر، وهذا يمنع الإيلاء.

قال محمد محتجًا في ذلك في إملاء الكيساني: لو صحّ الاشتراك لأشرك معها في اليمين أجنبية، فلم يجب بوطء زوجته شيء، ولم يتعين في الأجنبية إيلاء، وهذا إبطال لحكم الإيلاء][1].

قال محمد: ولو قال لامرأته: أنت عَلَيَّ حرام، ثم قال لامرأة أخرىٰ له: قد أشركتك معها، كان مولياً منهما؛ وذلك لما قدمنا أن التحريم إذا تعلق بجملة حَنِثَ بفعل بعضها، والشركة لا تغير موجب اليمين.

١٧١٢ - [فَصْل: الإيلاء بشرط المستقبل]

وإن قال: فكل مملوك أملكه فيما أستقبل حر، أو فكل امرأة أتزوجها [فهي] طالق، فهو مولٍ عند أبي حنيفة ومحمد؛ وذلك لأنه لا يتوصل إلىٰ الوطء إلا بحنث يلزمه، ألا ترىٰ أنه إذا وطئ حنث في كل امرأة يتزوجها عند التزويج، فصار كقوله: فكل امرأة لي طالق.

وقال أبو يوسف: لا يكون مولياً؛ لأنه يقدر أن يمتنع من التزوج والملك، فيتوصل إلىٰ (القربان)[2] بغير شيء يلزمه.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال: إن قربتك فعبدي حر فهو مولٍ؛ لأنه لا

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ، لسقوط جزء، ولاضطراب الجزء الآخر في ب.

(٢) في أ (الوطء).

يتوصل إلىٰ الوطء، والحالة هذه، إلا بحنث يلزمه، وقال أبو يوسف: ليس بمولٍ؛ لأنه يقدر علىٰ بيع العبد، فيطؤها في المدة من غير شيء يلزمه.

١٧١٣ - [فَصْل: الإيلاء بالحلف بشيء غير الله تعالىٰ]

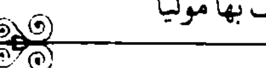
قال أبو الحسن: ومن حلف بشيء غير الله تعالىٰ لم يكن مولياً، ولم يكن عليه كفارة؛ وذلك لقوله ﷺ: «**لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت، من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت**»[1]، وقال لعمر: «**من حلف بغير الله فقد أشرك**»[2].

وأما ما يقع الحلف عليه حتىٰ يصير مولياً: بأن يحلف أن لا يجامعها؛ لأنه سعها حقها من الوطء، وكذلك إذا حلف لا يقربها؛ لأن القرب المضاف إلىٰ الزوجة المراد به الوطء، وكذلك لا يباضعها؛ لأن المباضعة مفاعلة من [ملاقاة البُضْعِ] البُضْعَ، وكذلك لا يغتسل منها؛ لأن الاغتسال منها لا يكون إلا عند الوطء في الفرج، فأما بالوطء في غير الفرج فالاغتسال ليس منها، وإنما هو من الإنزال، وكذلك إذا قال: إن أتيتك [١٤٦/ب] أو أصبت منك، يريد الجماع؛ لأن هذا من كنايات الجماع، وكذلك إن وطئتك؛ لأن الوطء إذا أضيف إلىٰ الزوجات أفاد الجماع.

وكذلك إذا قال: افتضضتك وهي بِكْرٌ؛ لأن الافتضاض لا يكون إلا بالمخالطة، فإن قال لا يمس جلدي جلدكِ فليس بمولٍ؛ لأنه يحنث بغير الجماع،

(١) أخرجه البخاري (٦٩٦٦)؛ ومسلم (١٦٤٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٢٥١)؛ والترمذي (١٥٣٥)، وقال: «حديث حسن»؛ وأحمد في المسند (٨٦/٢)؛ وابن حبان في صحيحه (٢٠٠/١٠)؛ والحاكم في المستدرك (٣٣٠/٤).




وكذلك إذا حلف لا يمسها، وكذلك لا يضاجعها، ولا يقرب فراشها، وقال: لم أعنِ الجماع فهو مصدق في القضاء؛ وذلك لأنه يقدر على جماعها من غير مضاجعة ولا قرب فراش.

وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال: إن اجتمع رأسي ورأسك فعبدي حرٌّ، إن عنى الجماع فهو مولٍ، وإن لم يَعْنِ الجماع فلا يجتمعان على فراش ولا مرفقة، وله جماعها من غير اجتماع على الفراش، ولا شيء يجتمع رؤوسهما عليه، فإن قال: والله لا يجمع رأسي ورأسك وسادة، أو لا يأويني وإياك بيت، أو لا أبيت معك في فراش، فإن عنى الجماع فهو مولٍ، وإن لم يكن له نية فهو على أن لا يأوي ولا يبيت على فراش ولا يجتمعان على وسادة، ويطؤها على الأرض والبراري، فإن عنى الجماع دون الفراش، فكيف جامعها فهو حانث؛ لأن هذا كلام محتمل، فوقف على النية[1].

١٧١٤ ـ [فَصْل: قول الزوج: لا أقربك سنة إلا يوماً]

ولو قال: والله لا أقربك سَنَةً إلا يوماً، لم يكن مولياً عند أصحابنا، وقال زفر: هو مولٍ.

وجه قولهم: إنه استثنى يوماً منكرًا، فكل يوم من السنة يجوز أن يكون هو المستثنى، فيتوصل إلى وطئها في كل أربعة أشهر من غير شيء يلزمه، فصار كقوله: لا أقربك أربعة أشهر إلا يوماً[2].

---

(١) انظر: الأصل ٥/٣٢، ٣٣.

(٢) ووضح ذلك محمد في الأصل بقوله: «لأنه يقدر أن يجامعها في تلك السنة بغير حنث ولا كفارة؛ لإمكان ذلك، فإن قربها ذلك اليوم في أول السنة، وقد بقي من السنة أربعة أشهر، فإنه مولٍ؛ لأنه لا يقدر على أن يقربها فيما بقي إلا بكفارة». ٥/٢٨.



وجه قول زفر: أن الاستثناء يكون من آخر المدة، بدلالة من أَجَّرَ داره سنة إلا يوماً، وبدلالة من قال: لا أقربك سنة نقصان يوم.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن في الإجارة لو حملنا على يوم منكرٍ لبطلت، فحملناه على يوم من آخرها ليصحَّ، وهذا المعنى لا يوجد في الإيلاء، وأما النقصان فيختص بآخر الشيء؛ فلذلك لم يمنع الإيلاء.

١٧١٥ - [فَصْل: المعتبر في الإِيلَاءِ المُدَدُ]

والمعتبر في الإيلاء [المُدَدُ][1] دون الأيمان، وإذا اختلفت [مُدَدُ] الإيلاء وقعت بكل مدة تطليقة وإن كانت يميناً واحدةً، وإذا كانت المدة واحدة وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة واحدة وكانت اليمين واحدة أو أكثر.

مثال الفصل الأول: إذا قال لامرأته: والله لا أقربك، ثم مكث يوماً ثم قال: والله لا أقربك، ثم مكث يوماً ثم قال: والله لا أقربك؛ لم يكن دخل بها، فمضت أربعة أشهر من الإيلاء الأول فبانت، ثم تزوجها عادت الإيلاء عقيب الزواج، فإذا مضت أربعة أشهر وقعت تطليقة واحدة، وإن كان [عنى] [بها] ثلاث أيمان، ولو وطئها وجبت عليه ثلاث كفارات؛ وذلك لأن الطلاق إنما يتبع المدة ولا يتبع اليمين.

ألا ترى أن [في] اليمين التي لا توجب التربص لا يقع بحكمها طلاق، فإذا كانت مدة الأيمان واحدة، لم يقع أكثر من تطليقة واحدة.

---

(١) في ب (المدة) والمثبت من أ.

والمُدَدُ: جمع المدة: «مقدار من الزمان يقع على القليل والكثير». المعجم الوجيز (مدد).

ومثال القسم الثاني: إذا قال: كلما دخلت الدار فو الله لا أقربك، فدخلت دخولاً بعد دخول، تعلق بكل دخول إيلاء، فإذا مضت أربعة أشهر من الدخول الأول وقعت واحدة، فإذا مضت أربعة أشهر من الدخول الثاني وقعت أخرى، ولو كان وطئها في المدة الأولى لم تجب إلا كفارة واحدة؛ لأن مدة [١٤٧/أ] الإيلاء اختلفت فوقع بكل مدة طلاق، والمعتبر في لزوم الكفارة لفظ اليمين، فإن تكرر اللفظ تكررت الكفارة، اختلفت المدة أو اتفقت، وإن لم يتكرر لفظ اليمين فالكفارة واحدة؛ لأنها تجب لحرمة الاسم، فاعتبر في تكرارها تكرار الاسم[١].



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/١٤٨ وما بعدها. التجريد، ١٠/٥٠٣٨ وما بعدها.




[٤٤] بَابُ
الفيء

قال الشيخ ﵀: الأصل في هذا الباب، أن الفيء[١] عبارة عن الرجوع يقال: فاء الظل إذا رجع، فلما كان المُولِي قصد إلىٰ منع حقها من الوطء صار وطؤه رجوعاً عما قصده فسُمِّي فَيْئًا، وقد بَيَّنّا أن الفيء المذكور في الإيلاء[٢] يختص بالمدة.

والفيء علىٰ ضربين: أحدهما: بالوطء مع القدرة، والآخر: بالقول مع العجز عن الوطء[٣]، فأما القادر علىٰ الوطء فلا يكون فيئه إلا بالجماع، وروي ذلك عن علي، وابن مسعود، وابن عباس، ومسروق، والشعبي، وإبراهيم، وسعيد بن جبير، والحَكَم [﵃]؛ لأنه عوقب بإيقاع الطلاق علىٰ منعه من حقها، فما لم يوفها حقها بالوطء لم يسقط حكم الإيلاء، وأما العجز فهو علىٰ وجهين: عجز من طريق المشاهدة، وعجز من طريق الحكم، فالعجز من طريق المشاهدة: كالمرض الذي لا يقدر معه علىٰ الجماع، أو تكون مريضة لا يقدر أن يجامعها، أو صغيرة[٤] لا تجامع مثلها، أو رتقاء، أو يكون مجبوباً، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر علىٰ قطعها في مدة الإيلاء، أو تكون ناشزة محتجبة في

---

(١) والفيء، من فاء الرجل فَيْئًا، أي: رجع، ومنه: «وفاء المُولِي فَيْئَةً: رجع عن يمينه إلىٰ زوجته»، أي: العودة إلىٰ نكاح زوجته. انظر: المصباح (فيء).

(٢) في أ (الآية).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء، ٢/٢٠٧.

(٤) في أ (الصغيرة التي).

مكان لا يعرفه، أو يكون محبوساً لا يقدر أن يدخلها عليه، فهذا كله فيه القول.

وقد روي أن الفيء بالقول عند العجز عن ابن مسعود؛ وذلك لأنه لا يقدر على إيفاء حقها بالوطء، فلزمه غاية ما يقدر عليه، وهو أن يرجع عما عزم عليه بقوله، فإذا قال ذلك فقد حصل الفيء، ومن شَرْط الفيء بالقول أن يستمر[1] العجز حتى تمضي المدة، فإن صَحَّ مع بقاء المدة بطل الفيء بالقول، وانتقل فيه إلى الجماع؛ وذلك لأن الفيء بالقول جعل بدلاً (عند العجز)[2]، فإذا زال العجز مع بقاء المدة انتقل الحكم إلى الأصل، كوجود الماء في الصلاة[3].

وأما العجز من طريق الحكم: مثل أن يكون مُحْرِماً أو صَائماً في رمضان، فلا يكون فيئه عندنا إلا بالوطء، وقال زفر: فيئه بالقول.

لنا: أنه قادر على الوطء، فصار كغير المُحْرِم.

وجه قول زفر: أن المنع لحق الله تعالى كالمنع من طريق المشاهدة؛ بدلالة أن الخلوة لا تصحُّ مع الإحرام كما لا تصحُّ مع المرض.

١٧١٦ - [فَصْل: صفة الفيء من الإيلاء]

وأما صفة الفيء بالقول بأن يقول: قد فئت إليك، أو راجعتكِ، أو ما أشبه ذلك؛ لأن هذا القول يدل على رجوعه عما عزم عليه، وقد ذكر أبو الحسن عن أبي حنيفة أنه [قال: يقول الزوج][4]: اشهدوا أني [قد] فئت إلى امرأتي، أو

---

(١) في أ (يتم).

(٢) في أ (عن الوطء للعجز).

(٣) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص٢٠٠؛ الأصل ٥/٣٠، ٣١.

(٤) في ب (يقول) والمثبت من أ.



أبطلت إيلاءها، وهذه الشهادة ليست بشرط في الفيء، وإنما ذكرها احتياطاً للزوج حتىٰ إذا ادَّعَىٰ الفيء بعد مضي المدة فكذبته، أقام [عليها][1] البينة.

وقد قال أصحابنا: إذا اختلف الزوج والمرأة في الفيء مع بقاء المدة فالقول قول الزوج؛ لأنه يملك الفيء، وإن اختلفا بعد مضي المدة، فالقول قول المرأة؛ لأنه ادعىٰ الفيء في حالة لا يملك الفيء فيها.

١٧١٧ـ [فَصْل: في زوال المانع قبل مضي المدة]

قال أبو الحسن: فإن زال المانع قبل مضي أربعة أشهر بطل الفيء وقد بينا ذلك، ومعنىٰ قولنا أن الفيء قد يصح بالقول: أن الطلاق لا يقع بمضي المدة، وأما اليمين فهي علىٰ حالها؛ لأنها [١٤٧/ب] لا تنحل إلا بالحنث، وذلك يقع بفعل المحلوف عليه، فأما القول فليس بمحلوف عليه، فلا ينحل [به] اليمين.

١٧١٨ـ [فَصْل: الفيء فيما إذا كان آلىٰ الزوج في حال الصحة ثم مرض]

قال: وكذلك إن آلىٰ وهو صحيح ثم مرض، فإن كان قَدْرُ صحته ما يمكنه فيه الجماع ففيئه الجماع؛ وذلك لأنه كان يقدر أن يجامعها في مدة الصحة، فلما لم يفعل فَرَّط في إيفاء حقها، فلم يعذر بالمرض الحادث، فأما إذا كانت الصحة لا يمكن الجماع فيها لِقِصَرِها فهو معذور؛ لأنه لم يفرط في ترك الجماع.

١٧١٩ـ [فَصْل: الفيء باللسان]

قال: ولا يصح الفيء باللسان إلا أن تكون ـ في حال ما يفيء إليها ـ زوجته غير بائن منه، فإن كانت بائناً لم يكن ذلك فيئاً؛ وذلك لأن الفيء بالقول قائم

(١) في ب (البينة عليه) والمثبت من أ.

مقام الفيء بالوطء لأجل الضرورة حتىٰ لا تبين منه بمضي المدة، وهذا المعنىٰ لا يوجد بعد زوال النكاح، فلا معنىٰ لإثبات حكم الفيء بالقول، وليس كذلك الوطء إذا وجد بعد زوال الملك؛ لأن ذلك يحل اليمين، فيبطل حكمها بانحلالها، (لا أنه فيءٌ)[1].

١٧٢٠ - [فَصْل: إيلاء المريض وفيئه]

فإن آلىٰ وهو مريض، ولم يفئ حتىٰ مضت المدة فبانت ثم صَحَّ ثم تزوجها وهو مريض، ففاء إليها بلسانه، فذلك فَيءٌ عند أبي يوسف، وليس بفَيْءٍ عند محمد.

وجه قول أبي يوسف: أن الإيلاء حصل وهو مريض، وعاد حكمه وهو مريض، والصحة بين المدتين كوجود الماء في غير الصلاة، فلا يؤثر فيها.

وجه قول محمد: أن المدة كلها (في حقه يمين واحدة)[2]، فصارت كالركعات الموجبة بالتحريمة، فالقدرة علىٰ الأصل في خلالها يسقط حكم البدل[3].

(١) في أ (حمله لا لأنه فيء).

(٢) في أ (موجبة بيمين واحدة).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٥٦/٥ وما بعدها. التجريد ٥٠٤١/١٠ وما بعدها.

بَابُ
إيلاء الذِّمِّيِّ والمسلم يرتد بعد إيلائه

قال الشيخ رحمه الله: جملة هذا الباب: أن الذمي إذا آلىٰ باسم من أسماء الله تعالىٰ، أو صفة من صفات ذاته، فهو مولٍ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بمولٍ.

وجه قول أبي حنيفة: أن اسم الله تعالىٰ يتعلق به حكم في حق الكافر بدلالة أنه إذا سَمَّىٰ علىٰ الذبيحة أكلت، وإذا جحد الدعوىٰ استحلف عليها، وإذا ثبت حكمه في حقه صار كالمسلم؛ ولأن من صَحَّ إيلاؤه بالطلاق والعتاق، صَحَّ باسم الله تعالىٰ كالمسلم.

وجه قولهما: أن اليمين بالله تعالىٰ لا ينعقد من الذمي كاليمين في غير الإيلاء؛ ولأنه يتوصل إلىٰ وطئها من غير شيء يلزمه، فلا يكون مُولياً. وهذا ليس بصحيح، أما انعقاد يمينه فلأنه لا حكم لها إلا الكفارة، وهي لا تصح منه، والإيلاء حكم يصح حكمه منه وهو الطلاق.

وأما توصله إلىٰ الوطء من غير شيء يلزمه. فليس بصحيح؛ لأنه يحنث عند أبي حنيفة في اليمين، والحنث معنىٰ يلزمه[1].

١٧٢١ - [فَصْل: الحلف بالطلاق أو العتاق]

وأما إذا حلف بطلاق أو عِتَاق فهو مُوْلٍ في قولهم جميعاً؛ لأنه في الحلف

---

(١) انظر: الأصل ٥/٣٩.




بالطلاق والعتاق كالمسلم فَصَحَّ إيلاؤه، وأما إن حلف بحج أو قربة تلزم مثل العمرة والصدقة والصيام[1] أو غير ذلك من القُرب، فليس بمولٍ في قولهم؛ لأن هذه الأفعال لا تصح منه، ولا يثبت حكمها في حقه، فيتوصل إلىٰ الوطء من غير شيء يلزمه[2].

وكذلك إن قال: إن قربتكِ فأنتِ علي كظهر أمي، أو فلانة عليَّ كظهر أمي، لم يكن مولياً؛ لأن الظهار لا يصح مع الكفر، فيتوصل إلىٰ وطئها من غير شيء يلزمه.

١٧٢٢ - [فَصْل: حكم إيلاء الذمي]

وإذا صَحَّ إيلاء الذمي فهو في أحكامه كالمسلم، [١٤٨/ب] إلا أنَّه إذا وطئ واليمين بالله لم يلزمه كفارة؛ وذلك لأن أحكام الإيلاء إنما تثبت لمنع حق الزوجة من الوطء، (وحق امرأة الكافر كحق امرأة المسلم)، فأما الكفارة: فهي عبادة من شرطها النية، فلا تصح من الكافر[3].

قال أبو الحسن: وحكىٰ الحسن عن أبي حنيفة: التسوية بين المسلم والذمي في الإيلاء، واجتمع الرواة علىٰ خلافه، يعني: في صحة إيلائه بإيجاب القُرَب كالحج والعمرة والصوم، وهذا بعيد من رواية الحسن؛ لأنه ليس من أهل القرب، ووجهها: أنه مخاطب بالأحكام ويصح منه القُرْبُ إن قدم الأيمان، كما تصح الصلاة من الجنب إذا قدم الطهارة.

---

(١) العبارة في أ (بحجة أو بعمرة أو صدقة أو صيام).

(٢) انظر: الأصل ٥/٤١.

(٣) النظر: المصدر السابق ٥/٣٩.



١٧٢٣ ـ [فَصل: إيلاء الرجل ثم ارتداده]

قال عَلِيّ بن الجعد عن أبي يوسف: في رجل ظَاهَرَ أو آلىٰ من امرأته ثم رجع عن الإسلام ولحق بدار الحرب، ثم رجع مسلماً فتزوجها [ثانيًا]: فإنه مظاهرٌ عند أبي حنيفة في رواية محمد ومولٍ.

وقال أبو يوسف: يسقط عنه الظِّهَار والإيلاء؛ وجه قول أبي حنيفة: أن الظهار مقتضاه التحريم، وقد صَحَّ في حال الإسلام، والردة تؤكد حكم التحريم ولا تضعفه، فبقي حكم الظهار بحاله، فأما الإيلاء فقد انعقد والردة تزيل الملك، وزوال الملك لا يؤثر في اليمين.

وجه قول أبي يوسف: أن الظهار لا يصح مع الكفر، فإذا طرأ الكفر عليه صار كالموجود في الابتداء، فكذلك الإيلاء إذا طرأ عليه الكفر تعذرت الكفارة فيتوصل إلىٰ الوطء من غير شيء يلزمه، فيبطل الإيلاء[1].



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/١٦٨.



بَابُ
الرجل يولي من جماعة نسائه

قال أبو الحسن: إذا كان للرجل امرأتان أو أكثر فقال: والله لا أقربكما، أو [قال: والله] لا أقربكن، فهو مولٍ منهن استحساناً، والقياس أن لا يكون مولياً في الاثنين حتىٰ يطأ واحدة، فيكون مولياً من الأخرىٰ، وكذلك الثلاث لا يكون مولياً حتىٰ يطأهن إلا واحدة، فيكون مولياً من الباقية(١).

وجه القياس وهو قول زفر: أنه يتوصل إلىٰ كل واحدة منهن علىٰ الانفراد من غير شيء يلزمه، ألا ترىٰ أنه لا يحنث إلا بوطء جماعتهن، ومن توصل إلىٰ وطء امرأته من غير شيء يلزمه لم يكن مولياً، فإذا وطئهن إلا واحدة لم يتوصل إلىٰ وطئها إلا بحنث [يلزمه]، فكان مولياً منها.

وجه الاستحسان: أنه لا يتوصل إلىٰ وطء واحدة منهن إلا بحنث أو تعيين إيلاء في غيرها، وتعيين الايلاء من أحكام اليمين، ومن لا يتوصل إلىٰ وطء امرأته إلا بلزوم حكم من أحكام اليمين كان مولياً.

١٧٢٤ - [فَصل: الإيلاء من امرأتين]

قال: وكذلك إذا قال لامرأتين له: والله لا أقرب واحدة منكما، فهو مولٍ منهما، فإن لم يقربهما بانتا، وإن قرب إحداهما حنث، وقال محمد: هو مولٍ من إحداهما وهو القياس(٢).

---

(١) انظر: المبسوط، ٣٤/٧.

(٢) انظر: الأصل ٢٩/٥.

ووجهه: أن الواحدة لا يعبّر بها عنهما، فصار كقوله: لا أقرب إحداكما، ولا يحنث بوطء إحداهما[1]، فدَلَّ على أن اليمين لم تتناولهما.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان: أن واحدة منكما تصلح لهما، ألا ترى أنه يحسن أن يدخل عليه «كل»، فيقول: [لا أقرب] كل واحدة منكما، فإذا صلح اللفظ لهما حمل عليهما، وليس كذلك إذا قال: لا أقرب إحداكما، أنه يكون مولياً من إحداهما بغير عينها؛ لأنه لا يصلح اللفظ لهما، ألا ترى أنه لا يحسن إدخال «كل» عليه [١٤٨/ب]، فيقول: لا أقرب كل إحداكما، فلم يتناول إلا واحدة بغير عينها؛ لأنه ليس إحداهما بأولى من الأخرى، ولا يملك تعيين الإيلاء في إحداهما؛ لأن اليمين تعلقت بغير معين فلم يجز أن [يغيّر موجبها][2] بعد انعقادها، فإذا مضت المدة بانت إحداهما، وكان له الخيار في تعيين الطلاق؛ لأن الزوج مُخَيَّرٌ في تعيين الطلاق المجهول في أي الزوجات شاء.

١٧٢٥ - [فَصْل: الإيلاء بالغاية]

قال: ولم يذكر أبو الحسن في أبواب الإيلاء، الإيلاء بالغاية ونحن [نذكره]؛ لأنه لا يستغنى عن ذكره، وجملته: أن كل شيء جعله غاية في يمينه مما لو حلف به كان مولياً بجعله إياه في يمينه غاية، فيكون مولياً عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إذا كان يصل إلى ذلك ويقدر عليه قبل مضي أربعة أشهر فليس بمولٍ، مثال ذلك من قال: والله لا أقربك حتى أعتق عبدي، أو أطلق فلانة، أو حتى أحج، أو حتى أطعم عشرة مساكين.

---

(١) في أ (إحداهن).

(٢) في ب (يعين موجها).



وجه قولهما: أنه لا يتوصل إلىٰ الوطء إلا بمعنىٰ يلزمه من أحكام الأيمان، فصار كقوله: إن قربتك فلله عليَّ الحج، ولأنه إذا جعل ذلك غاية لم يتوصل إلىٰ الوطء إلا بتقديم فعله، وإذا حلف لم يتوصل إلىٰ الوطء إلا بإيجابه، والفعل آكد من الإيجاب، فلأن يكون به مولياً أولىٰ.

وجه قول أبي يوسف: أنه يقدر علىٰ فعل ما جعله غاية في المدة، فيتوصل إلىٰ وطئها من غير شيء يلزمه، فلم يكن مولياً.

١٧٢٦ - [فَصْل: ما يكون به مولياً]

وأما إذا كان ما يكون بالحلف به مولياً لا يصل إليه إلا بعد مضي المدة، فهو مولٍ عندهم جميعاً، كقوله: لا أقربك حتىٰ أحج، وبينه وبين الحج أربعة أشهر أو أكثر؛ وذلك لأنه لا يتوصل إلىٰ وطئها في المدة إلا بمعنىٰ [يلزمه، فصار كالحلف بذلك، وكذلك إن كانت الغاية مما لا يكون الحلف بها يمينًا، إلا أنه لا يصل إلىٰ فعل ذلك إلا بعد مضي أربعة أشهر، كان موليًا، مثل أن يقول: والله لا أقربك حتىٰ آتي خراسان؛ لأنه لا يتوصل إلىٰ الوطء في المدة إلا بحنث يلزمه][1].

وأما إن كانت الغاية التي لا يصح أن يحلف بها، لا تقع إلا مع ارتفاع النكاح فهو مولٍ في قولهم، مثل أن يقول: حتىٰ تموتي أو أموت، أو أطلقك ثلاثاً، أو تكون أَمَة فيقول: حتىٰ أملكك؛ وذلك لأن النكاح مُتَأَبِّدٌ، فإذا جعل الغاية زواله صار كأنه قال: لا أقربك ما دمت زوجة، فإن قال: [حتىٰ] تخرج الدابة، أو تطلع الشمس من مغربها، فالقياس أن لا يكون مولياً؛ (لأن ذلك لا

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، ومزيدة من أ.

يجوز أن يوجد في المدة، فيتوصل إلى وطئها من غير شيء يلزمه)، والاستحسان: أن يكون مولياً؛ لأن هذا يذكر في العادة ويراد به التأبيد، فكأنه قال: لا أقربك أبداً[1].

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/١٦٣ وما بعدها.

بَاب
الرجل يُحَرِّم امرأته على نفسه أو غير امرأته أو هما

قال أبو الحسن: إذا حَرَّم الرجل امرأته علىٰ نفسه، أو طعاماً أو شراباً أو لباساً، أو كلام إنسان، أو شيئاً من الأشياء، وقال: هذا عَلَيَّ حَرَامٌ، فقد حرم عليه ذلك الشيء، فمتىٰ استحله[1] أو شيئاً منه، لزمته كفارة يمين، والأصل في هذا: إذا قال لامرأته: أنتِ عليَّ حرام، أو قد حرمتك عَلَيَّ، أو أنا عليك حرام، أو قد حرمت نفسي عليك، أو أنت محرمة عَلَيَّ، فهو باب واحد يرجع في ذلك إلىٰ نيته، فإن أراد طلاقاً فهو طلاق، فإن نوىٰ ثلاثاً فثلاث، وإن نوىٰ واحدة بائنة فواحدة بائنة، فإن نوىٰ اثنتين فواحدة بائنة، وإن نوىٰ التحريم ولم ينوِ الطلاق أو لم تكن له نية فهو يمين، وهو مولٍ إن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة[2]، وإن قال: أردت به الكذب، فليس بشيء [ودُيِّنَ] فيما [١٤٩/أ] بينه وبين الله تعالىٰ، (ولا يصدق في رفع اليمين في القضاء)[3].

وقد اختلف السلف في هذه المسألة: فروىٰ الضحاك: أن أبا بكر، وعمر، وابن عباس، وابن مسعود، وعائشة رضي الله عنهم قالوا: في الحرام يمين، وعن ابن عمر: إن نوىٰ طلاقاً فطلاق، وإن لم ينوِ طلاقاً فيمين يكفرها، وعن زيد بن ثابت فيه كفارة يمين، ومنهم من جعله طلاقاً (بائناً)[4]، ومنهم من جعله طلاقاً رجعياً[5].

---

(١) في أ (استحل ما حرّم).
(٢) انظر: الجامع الصغير، ص ٢٢٢.
(٣) في أ (ولا يدين في القضاء).
(٤) في ب (ثلاثاً) والمثبت من ب.
(٥) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٨٧٣.



وعن مسروق أنه قال: ليس ذلك بشيء، وقال: ما أبالي حرمتها أو قصعة من ثريد، وقال الشافعي في الحرام: فيه كفارة يمين بنفس اللفظ وليس بيمين(١).

لنا: قوله (أنتِ حرام)، يحتمل الطلاق، فهو كسائر كنايات الطلاق، فإن نوىٰ به ثلاثاً فثلاث، وإن نوىٰ به واحدة فواحدة (بائنة)(٢)، وإن نوىٰ اثنتين فواحدة، وقد بينا ذلك في الكنايات.

وأما إذا نوىٰ بالحرام الظهار، فهو ظهار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: ليس بظهار.

وجه قولهما: أنه وصفها بالتحريم، والمرأة تارة تكون محرمة بالطلاق، وتارة بالظهار، فأي ذلك نوىٰ فهو مما يحتمله كلامه فيصدق فيه.

وجه قول محمد: أن الظهار يختص بحرف التشبيه ولم يوجد ذلك [في] قوله: أنت عليَّ حرام، فلم يكن ظهاراً، وأما إذا نوىٰ التحريم، أو لم تكن له نيَّة، فهو يمين، والأصل في ذلك ما روىٰ ابن عباس عن عمر بن الخطاب، [عن النبي ﷺ قال]: «**إنه جعل الحرام يميناً**»(٣)، وروىٰ أن قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ﴾ [التحريم: ١] نزلت في تحريم مارية، وقد روي أنها نزلت في تحريم العسل، وقد قال تعالىٰ: ﴿قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡ﴾ [التحريم: ٢](٤)؛ ولأن كل لفظ تعلق به كفارة اليمين فهو يمين كسائر الأيمان، وإنما قلنا إنه إذا نوىٰ

---

(١) انظر: المهذب ٤/٤١٤؛ روضة الطالبين ٨/٢٦٨؛ رحمة الأمة ص١٩٥.

(٢) ساقطة من أ.

(٣) أخرجه الدار قطني في سننه، وقال: «ابن محرز ضعيف ولم يروه عن قتادة هكذا غيره»، ٤/٤١.

(٤) انظر: تفسير (ابن عطية) (المحرر الوجيز)، ص١٨٧١.

الكذب ، لم يصدق في إبطال اليمين في القضاء ؛ لأن هذا اللفظ صريح في اليمين بالشرع ، فلا يصدق في صرفه[1] عن ظاهره بالنية .

١٧٢٧ - [فَصْل: تحريم غير المرأة]

وأما إذا قال ذلك في غير المرأة فهو يمين ، وقال الشافعي: إذا كان ذلك في غير (الزوجة والجارية)[2] لم يجب [به] شيء[3] .

لنا: ما روي أن الآية نزلت في تحريم العسل ، فدل على أن تحريم غير الفروج يتعلق به الكفارة ، ولا يجوز أن يجعل ما روي أنها نزلت في شأن مارية تعارض ؛ لأنه لا يمتنع أن تكون الآية نزلت فيهما ، ولأن ما تعلق به كفارة اليمين في الزوجة تعلق به في غيرها ، كلفظ القسم .

١٧٢٨ - [فَصْل: فعل القليل مما حلف]

فإن فعل مما حَرَّمه قليلاً أو كثيراً حنث وانحلت اليمين ؛ وذلك لأن التحريم إذا تعلق بالعين أفاد تحريمها وتحريم كل جزء منها ، بدلالة تحريم الخمر والميتة ، فإذا استباح جزءاً مما حَرَّمه فقد فعل المحلوف عليه ، فيحنث وتنحل اليمين ، وليس هذا كمن حلف لا يأكل طعاماً فأكل بعضه ؛ لأن الحنث هناك من حيث الشرط ، وما يتعلق بشرطين أو بشرط لا يقع عند بعضه .

١٧٢٩ - [فَصْل: تحريم الشيء على نفسه]

فأما قول أبي الحسن: فيمن حرم شيئاً على نفسه ، أن ذلك قد حرم عليه ،

---

(١) في أ (صرف ظاهره) .
(٢) في أ (المرأة والأمة) .
(٣) انظر: المهذب ٤/٤١٧ ؛ رحمة الأمة ص١٩٥ .

فهذا [يحرم في][1] القول وإلا فالعين مباحة، بدلالة أنه مندوب إلىٰ الحنث في الزوجة، ولو كانت محرمة لم يندب إلىٰ فعل المحرم، وإنما أراد أبو الحسن: أن الاستباحة لما تعلقت بها الكفارة، صار في حكم المحرم من هذا الوجه.

١٧٣٠ - [فَصْـل: قول الزوج: نسائي عليّ حرام ولم ينو الطلاق]

ولو قال: نسائي عليّ حرام، ولم ينوِ الطلاق، فقرب إحداهن كَفَّر [١٤٩/ب] وسقطت اليمين فيهن جميعاً؛ وذلك لما ذكرنا: أن التحريم إذا تعلق بجملة تعلق بأجزائها، فصارت كل واحدة محرمة علىٰ الانفراد، فإذا فعل ما حرم عليه باللفظ انحلت اليمين.

قال: فإن لم يقرب واحدة منهن حتىٰ مضت أربعة أشهر [بِنَّ جميعًا]؛ وذلك لأن اليمين في الزوجة إيلاء، والإيلاء توجب البينونة بمضي المدة.

١٧٣١ - [فَصْـل: قول الرجل: كلُّ حِلٍّ عليّ حرام ولا نية له]

وإذا قال الرجل: كل حِلٍّ عليَّ حرام ولا نية له، فهذا علىٰ الطعام والشراب خاصة؛ وذلك لأن اللفظ لا يمكن حمله علىٰ عمومه، ألا ترىٰ أنه لو حمل علىٰ العموم يحنث عقيب قوله بفتح عينه أو طبق جفنه، أو تنفسه في الهواء أو حركته؛ لأن هذا كله مباح، والإنسان لا يقصد بيمينه الامتناع منه، فعلم أنه لم يرد تحريم كل مباح، فلم يبق إلا حمله علىٰ بعض المباحات، [وأما إذا] لم تكن له نية حمل علىٰ المقصود منها، وذلك هو الطعام والشراب؛ لأن بهما قِوام الحياة، فأي ذلك فعل حنث.

---

(١) في ب (يجوز من) والمثبت من أ.

وقال زفر: يحنث عقيب كلامه وهو القياس، لأنه فعل عقيب يمينه ما هو حلال[1].

قال: وإن نوىٰ مع ذلك اللباس أو [تحريم] امرأته فالتحريم واقع علىٰ ذلك أجمع، فأي شيء فعل من ذلك وحده لزمته الكفارة؛ لأن اللفظ يصلح لكل المباحات، وإنما حملناه علىٰ الأكل والشرب بدلالة، فإذا ضم إلىٰ ذلك غيره، فقد شدد علىٰ نفسه بنيته، فيقبل قوله.

قال: فإن نوىٰ شيئاً بعينه دون غيره، أو نوىٰ الطعام خاصة أو الشراب خاصة أو اللباس خاصة، أو امرأته خاصة، فهو علىٰ ما نوىٰ من ذلك فيما بينه وبين الله تعالىٰ وفي القضاء؛ وذلك لأن هذا اللفظ (لا يصح)[2] حمله علىٰ العموم، وإنما يحمل علىٰ الخصوص، فإذا قال: أردت شيئاً بعينه، فقد ترك ظاهر العموم، وقد بينا أنه متروك فلم يعدل عن ظاهر كلامه فيصدق.

١٧٣٢ - [فَصْل: قول الرجل: كلُّ حِلٍّ عَليّ حرام ونوىٰ امرأته]

وإن قال: كل حِلٍّ عليَّ حرامٌ، ونوىٰ امرأته، كان عليها وعلىٰ الطعام والشراب؛ وذلك لأن الطعام والشراب يلزمه بظاهر اللفظ، وتحريم المرأة تلزمه بنيّته، وليس كذلك الفصل الأول؛ لأنه لم ينوِ امرأته خاصة، فبقي الطعام والشراب بنيته ولم تدخل في يمينه.

قال: فإن نوىٰ في امرأته الطلاق لزمه الطلاق في امرأته، فإن أكل أو شرب

(١) انظر: المبسوط ٧١/٦.

(٢) في أ (لا يصلح).



لم تلزمه الكفارة؛ وذلك لأن اللفظ الواحد لا يجوز حمله على الطلاق واليمين جميعاً لاختلاف موضوعهما، فإذا أراد به في الزوجة الطلاق الذي هو أشد الأمرين، بطل أن يحمل على التحريم في الطعام والشراب فسقط حكمه(١).

قال عيسى بن أبان عن أبي يوسف ومحمد: في رجل قال لامرأتين له: أنتما عليّ حرام، يعني: في إحداهما الطلاق، وفي الأخرى الإيلاء، قالا: هما طالقان جميعاً؛ وذلك لأن اللفظ لا يحمل على الأمرين، فإذا أرادهما حمل على أغلظهما فوقع الطلاق عليهما، ولو كان (قال)(٢): هذه علي حرام، ينوي الطلاق، وهذه علي حرام ينوي اليمين كان كما نوى؛ لأنهما لفظان، [فيجوز أن] يراد بأحدهما خلاف ما يراد بالآخر.

وعن أبي يوسف فيمن قال: أنتما علي حرام، ينوي في إحداهما ثلاثاً وفي الأخرى واحدة، أنهما جميعاً طالقان ثلاثاً؛ لما بينا أن اللفظ لا يحمل على معنيين مختلفين، فإذا نواهما حمل على أشدِّهما.

قال ابن سماعة في نوادره: [١٥٠/أ] [سمعت] أبا يوسف قال في رجل قال: ما أحلَّ الله عليَّ حرام مِن [مالٍ] وأهلٍ، ونوى الطلاق في أهله، [قال]: ولا نية له في الطعام، فإن أكل لم يحنث، وهذا على ما قدمنا، قال: وكذلك لو قال: هذا الطعام عَلَيَّ حرام، وهذه ينوي الطلاق؛ لأن اللفظ واحد، وقد تناول الطلاق فلا يتناول تحريم الطعام(٣).

---

(١) البدائع ٣/١٧٠.

(٢) في أ (نوى).

(٣) نقله الكاساني بلفظه عن أبي يوسف في البدائع ٣/١٧٠.



١٧٣٣ - [فَصْل: قول الرجل أنت عليّ كالدم والميتة]

وقد قالوا: فيمن قال لامرأته: أنتِ عليَّ كالدم أو الميتة، أو كلحم الخنزير أو كالخمر، فإنه يُسأل عن نيته، فإن نوىٰ كذباً فهو كذب، [لأن هذه اللفظة لم تجعل صريحًا في اليمين؛ فلذلك صُدِّق أنه أراد الكذب](١) وإن أراد التحريم فهو إيلاء؛ لأنه شبهها بما هو محرم، فكأنه قال: أنت حرام، فإن نوىٰ الطلاق فالقول فيه كالقول فيمن قال لامرأته: أنت عليّ حرام، ينوي الطلاق.

وروىٰ ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته: إن فعلت كذا فأنت أمي، يريد [به] التحريم، قال: هو باطل، [وهذا صحيح](٢)؛ لأن التحريم إنما يكون إذا جعلها مثل أمه، فأما إذا قال: أنت أمي فهو كذب، وقال محمد: لو ثبت التحريم بهذا لَثَبَتَ إذا قال: أنت حرام، وهذا لا يصح.

وقال ابن سماعة عن محمد فيمن قال: أنت معي حرام، فهو مثل قوله: أنت عليّ [حرام]؛ لأن هذه الحروف يقام بعضها مقام بعض، فحكمها حكم واحد(٣).



(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، والمثبت من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤/٤٥١.

[٤٥] بَابُ
الظهار

قال الشيخ رحمه الله[١]: الظهار كان طلاقاً في الجاهلية، فنقل بالشرع إلىٰ تحريم يرتفع بالكفارة، وحقيقته في الشرع: أن يُشَبِّه زوجته أو عضواً منها يعبر به عن جميعها أو جزءاً شائعاً منها مما لا يحل النظر إليه من امرأة يحرم عليه نكاحها علىٰ التأبيد، وهذه الشروط لا يعرفها أهل اللغة، فالاسم شرعي فيه معنىٰ اللغة[٢].

والأصل في ثبوت حكم الظهار وارتفاع التحريم فيه بالكفارة: ما ذكره الله تعالىٰ في أول سورة المجادلة[٣]، نزلت في قصة خولة بنت ثعلبة قالت: كنت تحت أوس بن الصامت، وكان شيخاً كبيراً قد أسن وضاق خلقه، فراجعته في بعض ما أمرني به، فقال لي: أنت عليّ كظهر أمي، ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم عاد، فأرادني عن نفسي، فقلت: والذي نفس خولة بيده لا تصل إليّ وقد قلت

(١) انظر: الجامع الكبير، ص٢٢٢.

(٢) هذا تعريف الظهار شرعًا.

(٣) ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِي تُجَٰدِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِيٓ إِلَى ٱللَّهِ وَٱللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعُۢ بَصِيرٌ ۝١ ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ۝٢ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾.

ما قلت حتىٰ يقضي الله ورسوله بيننا، فوقع عليّ فدفعته عني بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير، ثم خرجت إلىٰ جيرتي فأخذت منهم ثياباً ولبستها، وأتيت رسول الله ﷺ، فجلست بين يديه وذكرت له ما صنع، فقال لي: «**زوجك وابن عمك، وهو شيخ كبير**»، فراجعته وجعلت أشكو إلىٰ الله تعالىٰ ما ألقاه من سوء خلق أوس، فتغشىٰ رسول الله ﷺ الوحي كما كان يتغشاه، فلما سُرِّي عنه قال لي: «**يا خولة قد أنزل الله فيك وفي أوس القرآن**»، وتلا أول السورة ثم قال لي: «**مُرِيه فليعتق رقبة!**»، قلت: يا رسول الله، والله ما عنده ذاك، فقال: «**فليصم شهرين متتابعين**»، فقلت: إنه شيخ كبير ما به من صوم، فقال: «**مريه فليطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر!**»، فقلت: والله ما يجد ذلك، فقال: «**فإنا سنُعِيْنُه بعَرَقٍ من تمرٍ**»، فقلت: يا رسول الله وأنا أعينه بعَرَق، فقال: «**افعلي واستوصي به خيراً**»، ففعلت ما أمرني به رسول الله ﷺ[(١)].

قال أبو الحسن: والظهار عندنا جائز من كل من جاز طلاقه إذا ظَاهَرَ منها وهي زوجته، لا يجوز أن يعقد عليها نكاحاً مستقبلاً، وإنما اعتبر الظهار بالطلاق؛ لأن كل واحد منها [١٥٠/ب] يوجب تحريماً لزوجته[(٢)]، وإنما اعتبر أن يكون ممن لا يجوز أن يعقد عليها نكاحاً مستقبلاً احترازاً من المبتوتة؛ لأن الطلاق يقع عليها في عدتها، ولا يصح الظهار منها إلا أنه يصح العقد عليها، والاحتراز من هذه المسألة يكفي فيه قوله زوجته، وهذا الكلام يدخل عليه الكافر فلا بد من أن يضم إليه إذا كان من أهل الكفارة.

---

(١) أخرجه ابن جارود في المنتقىٰ (١٨٦/١)؛ وابن حبان في صحيحه ١٠٨/١٠؛ والطبراني في الكبير ٢٢٥/١؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٣٨٩/٧. انظر تفسير ابن عطية، ص ١٨٧١.

(٢) في أ (تحريم الزوجة).



وإنما قلنا: إنه إذا ظَاهَرَ من المبتوتة لا يصح ؛ لأنها محرمة بالطلاق ، وتحريم الطلاق آكد من تحريم الظهار ، ألا ترىٰ أن ذلك يزيل الملك ولا يرتفع بالكفارة ، والظهار لا يزيل الملك ويرتفع بالكفارة ، فلا معنىٰ لإدخال أخف التحريمين علىٰ أغلظهما ، ولا يقال: إن المبتوتة يلحقها عندكم صريح الطلاق وإن كانت محرمة ؛ لأن الطلاق فيه فائدة غير التحريم ، وهي: نقصان العدد ، فلذلك جاز أن يلحقها.

قال: ولا يلحق المبتوتة ظهار بيمين كانت قبل الطلاق ؛ لأن الظهار يفيد التحريم ، وقد بينا أنه لا فائدة في تحريم المبتوتة ، فاستوىٰ في ذلك الظهار المبتدأ والمعلق بالشرط ، وليس كذلك إذا علق البينونة بشرط فوجد بعد البينونة ؛ لأن في الطلاق البائن زيادة (فائدة علىٰ المبتوتة)[١] ، وهي: نقصان العدد ، فوقع لما فيه من الفائدة[٢].

١٧٣٤ ـ [فَصْل: ظهار الكافر]

ولا يَصِحُّ ظهار الكافر[٣] عندنا ، وقال الشافعي: يَصِحُّ[٤].

لنا: أنه لا يصح منه الصوم فلا يصح ظهاره كالصبي والمجنون ، ولأنه ليس من أهل الكفارة ، ألا ترىٰ أنها عبادة تقف علىٰ النية ، وذلك لا يصح من الكافر ، وإذا لم تلزمه الكفارة لم يثبت حكم الظهار ، كالمُظاهر إذا كَفَّر.

---

(١) في أ (علىٰ البينونة).

(٢) انظر: الأصل ، ٥/٨ وما بعدها.

(٣) في أ (الذمي).

(٤) انظر: الأم ، ص١١٠٦ ؛ المنهاج ص٤٣٥.

١٧٣٥ - [فَصْل: ظهار الصبيّ والمجنون]

ولا يصح ظهار الصبي والمجنون؛ لأن الظهار يتعلق بالقول، وقول الصبي والمجنون لا يتعلق به حكم؛ ولأن الظهار يوجب التحريم كالطلاق.

١٧٣٦ - [فَصْل: أثر صحة الظهار على الزوج]

قال أبو الحسن: فإذا صَحَّ الظهار حرمت المرأة عليه، فلا يحل له وطؤها أبداً بنكاح ولا ملك يمين، ولا بعد زوج تَزَوَّجَها بعد طلاق ثلاث ثم رجعت إليه حتىٰ يُكَفِّرَ، (وكذلك لو كانت زوجته أَمَةً فظاهر منها ثم اشتراها لم يحل له أن يطأها حتىٰ يكفر)[1]، وكذلك لو كانت حرة فارتدت ثم لحقت بدار الحرب فسُبِيت واشتراها؛ وذلك لأن الظهار يوجب تحريماً لا يرتفع إلا بالكفارة، فما لا يوجد لا يحل له الوطء، وهذا كالطلاق الثلاث الموجب للتحريم الذي لا يرتفع إلا بوطء زوج، فلا يزول بملك اليمين ولا بغيره حتىٰ يوجد سبب الإباحة.

قال: فإن كَفَّر بعدما بانت منه بالطلاق أو تزوجت جاز له؛ لأن الكفارة معنىٰ يرتفع به التحريم، فجازت مع زوال الملك، كوطء الزوج الثاني.

١٧٣٧ - [فَصْل: في صريح الظهار]

قال أبو الحسن: وصريح الظهار أن يقول لها: أنت علي كظهر أمي، فيقع به الظهار نوىٰ أو لم ينوِ، وإن أراد به الطلاق لم يكن إلا ظهاراً؛ لأن الصريح ما استعمله أهل اللغة في شيء دون غيره، وهذا المعنىٰ موجود في الظهار فلا ينصرف بالنية عما وضع له، كما لا ينصرف صريح الطلاق، وإنما قلنا: إنه إذا

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.



علق التشبيه بامرأته أو بعضو منها يعبر به عن جميعها يكون مظاهراً؛ لأن ذكر هذا العضو كذكرها، فجريا مجرىٰ واحداً، وقد بينا ذلك في الطلاق.

وكذلك إن شَبَّه جزءاً منها مشاعاً؛ لأن التحريم يتعلق [١٥١/أ] بجزء مشاع ويسري إلىٰ بقية البدن، فأما إذا علق التشبيه بجزء لا يعبر به عن [جميع] البدن كاليد والرجل لم يكن مظاهراً علىٰ ما بيناه في الطلاق، فإن شَبَّه امرأته بعضو من أُمِّه غير الظَّهر، فإن كان لا يجوز له النظر إليه فهو كتشبيهها بظَهْرها، وذلك مثل البطن والفخذ والفرج؛ لأن هذه الأعضاء يحرم عليه النظر إليها فهو كالظهر[١].

وإنما قلنا: إن التشبيه إذا وقع بذوات المحارم كالأخت والعمة والخالة كان ظِهارًا[٢]؛ لأنه لا يحل له نكاحهن علىٰ التأبيد فهي كالأم، وعلىٰ هذا إذا شبهها بمن حرمت عليه بالرضاع أو بالصهر، كأم امرأته وامرأة أبيه؛ لأنهن يحرمن عليه علىٰ التأبيد فصرن كذات المحارم.

١٧٣٨ ـ [فَصْل: تشبيه امرأته بما يحرم عليه]

وقد قال أبو يوسف: إذا قال لها أنت عليّ كظهر فلانة، وشبهها بامرأة زنىٰ بها أبوه أو ابنه فهو مظاهر؛ لأنه لا يحل له نكاحها علىٰ التأبيد.

قال أبو يوسف: وليس كذلك إذا شبهها بامرأة قد فرق بينه وبينها باللعان، فإنه لا يكون مظاهراً؛ لأن هذه وإن حرمت عندي علىٰ التأبيد، فلو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز، فأبطل ذلك معنىٰ التأبيد.

---

(١) انظر: الأصل ٥/١٠.

(٢) في أ (مظاهرًا).

قال: ولو حكم حاكم بجواز نكاح المرأة التي زنىٰ بها أبوه ثم رفع إليّ أبطلت حكمه، فبقي التحريم علىٰ التأبيد.

وقال محمد في الكيسانيات: إذا شبهها بامرأة قد زنىٰ بأمها فليس بمظاهر؛ لأنه مختلف فيه، وإن حكم به حاكم ثم رفع إليّ لم أبطله، فكان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في نفوذ حكم الحاكم، فعند أبي يوسف: لا ينفذ؛ لأن النكاح في اللغة الوطء، وقد جاء القرآن بتحريم (منكوحة الأب)[1] فلا ينفذ حكم الحاكم في مخالفة القرآن، وعند محمد: أن هذا ظاهر متأول، فيسوغ فيه الاجتهاد، وينفذ حكم الحاكم.

١٧٣٩ - [فَصْل: تشبيه امرأته ببنت أجنبية قبَّلها بشهوة]

قال أبو يوسف: ولو قَبَّل أجنبية لشهوة، أو نظر إلىٰ فرجها لشهوة ثم شَبَّهَ زوجته (ببنتها)[2]، لم يكن مظاهراً عند أبي حنيفة، قال: ولا يشبه هذا الوطء؛ لأن الوطء أَبْيَن وأظهر، وقال أبو يوسف: يكون مظاهراً.

وجه قول أبي حنيفة: أن التحريم بالنظر واللمس ليس بمنصوص عليه، وقد اختلف فيه [وساغ][3] فيه الاجتهاد فلم (يتأكد)[4] التحريم، وأبو يوسف قال: التحريم بالنظر منصوص عليه بدلالة قوله ﷺ: «**من كشف خمار امرأة ونظر، حرمت عليه أمها وابنتها**»[5]، وحكم الحاكم بخلاف النص لا ينفذ.

---

(١) في أ (من نكحها أبوه).
(٢) في أ (بأمها).
(٣) في ب (فشاع) والمثبت من أ.
(٤) في أ (يتأبد).
(٥) سبق تخريجه.

١٧٤٠ ـ [فَصْل: تشبيه امرأته بامرأة محرّمة عليه]

وإن شَبَّهَهَا بامرأة مُحَرَّمة عليه في الحال، وهي ممن تحل له في حالة أخرىٰ مثل أخت امرأته، وامرأة لها زوج، أو مجوسية، أو مرتدة لم يكن مظاهراً؛ لأنهن لا يحرمن علىٰ التأبيد، فلا يتأكد التحريم فيهن.

ولو شبهها برجل لم يكن مظاهرًا؛ لأن الرجل لا يصح عقد النكاح عليه، فلا يحرم التحريم الذي يقتضيه الظهار.

١٧٤١ ـ [فَصْل: قول الرجل: أنا منك مظاهر]

وإذا قال لها: أنا منك مظاهر، أو قد ظاهرت منكِ، فهو مظاهر؛ لأن الظهار تارة يكون بالإيقاع، وتارة يكون بالإخبار، فهو كالطلاق إذا قال: قد طلقتك.

فإن قال: أنتِ مني كظَهْر أمِّي، أو عندي أو معي، فهو مظاهر؛ لأن هذه الحروف أدوات يقوم بعضها مقام بعض، فجميعها باب واحد.

١٧٤٢ ـ [فَصْل: ما يترتب بالظهار من أحكام]

قال: ولا ينبغي للمرأة إذا ظاهر منها [زوجها] أن تدعه يقربها حتىٰ يُكَفِّر؛ لأنها مُحَرَّمَة عليه، فلزمها الامتناع من الوطء (الحرام)[1] كما لزم [١٥١/ب] الرجل الامتناع منه[2].

١٧٤٣ ـ [فَصْل: مطالبة المرأة بالتكفير عن الظهار]

وللمرأة أن تطالبه عند الحاكم بالوطء وعلىٰ الحاكم أن يجبره حتىٰ يُكَفِّر

(١) ساقطة من أ.

(٢) انظر: الأصل ٨/١١؛ مختصر القدوري ص٣٨٩.

ويطأ؛ وذلك لأنه يضرُّ بها في ترك التكفير، فكان لها إلزامه إيفاء حقها ودفع الضرر عنها، وكان على الحاكم إلزامه كذلك.

١٧٤٤ - [فَصْل: ما يمنع للمظاهر من امرأته]

ولا ينبغي للمظاهر أن يباشر ولا يُقَبِّلَ ولا ينظر إلى فرجها لشهوة حتى يُكَفِّر، وذلك لقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣] والمَسُّ عام، ولأنه قول أوجب تحريم الوطء، فحرم ما دونه من الاستمتاع كالطلاق الثلاث.

١٧٤٥ - [فَصْل: المظاهر لم يكن ناوياً بالظهار]

قال بشر: عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته: أنت علي كظهر أمي، ولم تكن له نية فهو ظهار في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، وإن أراد التحريم فهو ظهار، وليس بتحريم اليمين ولا بتحريم الطلاق؛ وهذا لِمَا قدمنا أن اللفظ صريح في موضوعه فلا ينصرف بالنية عما وضع له إلى غيره.

١٧٤٦ - [فَصْل: دعوى الرجل الإخبار بالماضي كذباً]

وإذا قال: أردت أن أخبر عما مضى بكذب، فإنه لا يصدق في القضاء، ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يسع المرأة أن تَقْبَل منه؛ وذلك لأن لفظ الظهار وإن كان خبراً فقد جعل إيقاعاً في الشرع، فلا يصدق في إرادته الخبر، وكل ما لا يصدقه الحاكم فيه، فإن المرأة لا يسعها أن تصدقه؛ لأن الحاكم إنما لا يصدقه لأنه لا يعلم الباطن، وهذا المعنى موجود في المرأة، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو مصدق؛ لأنه أراد بلفظ الخبر الإخبار والعدول عن الإيقاع.

١٧٤٧ - [فَصْل: الكفارة فيما ظاهر من أربع نسوة]

فإذا ظاهر الرجل من أربع نسوة له فعليه لكل واحدة كفارة، في مجلس كان أو في مجالس[١]، وقال الشافعي: إن ظاهر بكلمة واحدة فعليه كفارة واحدة[٢].

لنا: أنه قول يوجب التحريم، فإذا جمع فيه بين النسوة فكأنه أفرد كل واحدة به، أصله الطلاق، وليس كذلك الإيلاء؛ لأن الكفارة فيه إنما تجب لحرمة الاسم، والاسم اسم واحد، والكفارة في مسألتنا إنما تجب لرفع التحريم، والتحريم في كل واحدة منهن غير التحريم في الأخرى.

١٧٤٨ - [فَصْل: الظهار مراراً من امرأته في مجلس]

[وكذلك] إن ظاهر من امرأته مِرارًا في مجلس أو مجالس، فعليه لكل قول كفارة إلا أن يكون يعني الظهار الأول، فيكون عليه كفارة واحدة؛ وذلك لأن كل قول (يوجب التحريم)[٣]، يوجب تحريماً لا يرتفع إلا بالكفارة، وقد بينا أن [الظهار في][٤] اللفظ الإيقاع دون الإخبار.

فإن قيل: إذا صارت محرمة بالظهار الأول لم تصر محرمة [بالظهار] الثاني.

---

(١) انظر: الأصل ٥/٩.

(٢) قال الشافعي في الأم: «وإذا تظاهر الرجل من أربع نسوة له بكلمة واحدة أو بكلام متفرق فسواء، وعليه في كل واحدة منهن كفارة؛ لأن التظاهر تحريم لكل واحدة منهن لا تحل له بعد حتى يكفِّر» ص١١٠٧.
وقول الشافعي في الأم هو قوله الجديد، وعليه المذهب، وما ذكره المؤلف هو القول القديم، وصرّح بذلك المزني في مختصره ص٢٠٣؛ ونص النووي في المنهاج ص٤٣٧.

(٣) ساقطة من أ.

(٤) في ب (الظاهر من) والمثبت من أ.

قلنا: الظهار الثاني وإن لم يزد في التحريم فإنه يؤكده، ويثبت فيه فائدة وهي الكفارة، فلذلك [ثبت.

فإن أراد بالظهار الثاني الأول، صُدِّقَ؛ لأن لفظه لفظ الخبر، وقد] يكرر الإنسان اللفظ ويريد [به] التشديد والتغليظ[1].

١٧٤٩ - [فَصْل: وطء المظاهر قبل أن يكفر]

وإذا وطئ المظاهرُ قبل أن يكَفِّرَ فينبغي أن يستغفر الله تعالىٰ ولا يعود حتىٰ يكفِّر، لما روىٰ ابن عباس: أن رجلاً ظاهر من امرأته فرأىٰ خلخالها في القمر فوقع عليها، ثم جاء إلىٰ النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال: «**استغفر الله ولا تعد حتىٰ تكفِّر**»[2]، ولأنه وطءٌ محرمٌ، والأفعال المحرمة تقتضي الاستغفار.

١٧٥٠ - [فَصْل: ارتداد المُظاهر عن الإسلام]

فإذا ظاهر الرجل من امرأته ثم ارتد [عن الإسلام] لم يسقط الظهار عنه في قول أبي حنيفة، واختلفت الرواية عن أبي يوسف فيما روىٰ عن أبي حنيفة، والصحيح عندي ما حكيته، وقد بينا هذه المسألة في باب الإيلاء.

وإذا ظاهر الرجل من أمته، أو أم ولده، أو مدبرته لم يكن مظاهراً؛ وذلك [١٥٢/أ] لأنه تحريم يختص بالقول فصار كالطلاق، وكقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ [المجادلة: ٣] وإطلاق النساء يقتضي [الحرائر][3][4].

---

(١) انظر: الأصل ٩/٥.

(٢) أورده الزيلعي في نصب الراية، وعزاه إلىٰ أصحاب السنن بألفاظ مختلفة. ٢٤٦/٣.
وقال ابن حجر في الدراية: «لم أجد في شيء من طرقه ذكر الاستغفار». ٧٥/٢.

(٣) في ب (الحرام) والمثبت من أ.

(٤) انظر: الأصل ١٠/٥.

١٧٥١ - [فَصْل: مظاهرة المرأة من الزوج]

ولا تكون المرأة مظاهرة من زوجها، وقد روي أن محمداً سئل عن هذه المسألة، وهي المرأة تقول لزوجها: أنتَ عَلَيّ كظهر أمي، فقال: ليس بشيء، وسئل أبو يوسف فقال: عليها كفارة الظهار، فقيل ذلك للحسن بن زياد فقال: إنهما شيخا الفقه أخطآ، عليها كفارة اليمين.

وجه قول محمد: أن المرأة لا تملك التحريم بدلالة الطلاق.

وجه قول أبي يوسف: أن الظهار تحريم يرتفع بالكفارة، وهي من أهل الكفارة، فصَحَّ أن توجب علىٰ نفسها ذلك.

وجه قول الحسن: أن الظهار يقتضي التحريم، فصارت كأنها قالت لزوجها: أنت عليَّ حرام، فتجب عليها كفارة اليمين إذا وطئها.

١٧٥٢ - [فَصْل: قول الرجل: أنت عليّ كالدم أو الميتة]

وإذا قال الرجل لامرأته: أنت علي كالدم أو الميتة، أو كلحم الخنزير أو كالخمر، فإنه يُسأل عن نيته، فإن نوىٰ كذباً فهو كاذب لا يقع عليها شيء؛ لأن هذه من كنايات التحريم، ألا ترىٰ أن التشبيه يقع بالشيء في بعض أوصافه دون بعض، والكنايات يرجع فيها إلىٰ النية.

قال: فإن نوىٰ التحريم بغير طلاق فهو إيلاء؛ لأن هذه الأشياء محرمة، فإذا أشبهها بها في باب التحريم فكأنه قال: أنت عَلَيَّ حرام، قال: وإن نوىٰ الطلاق فالقول في هذا كالقول في الحرام؛ وذلك لأن التشبيه إذا وقع في التحريم، صار كقوله: أنت حرام، ينوي الطلاق.



١٧٥٣ - [فَصْل: الظهار لمدة معلومة]

وإن ظاهر منها مدة معلومة، يوماً أو شهراً أو سنة، ثم مضىٰ الوقت سقط الظهار، وقال الشافعي: الظهار لا يتوقت[١].

لنا: ما روي عن سلمة بن صخر البياضي أنه قال: كنت قد أوتيت من الجماع ما لم يؤته أحد، فكنت لا أصبر عنه، فلما دخل شهر رمضان خفت أن أطأ امرأتي ليلاً، فلا أقدر أن أنزع عنها حتىٰ يطلع الفجر، فظاهرت منها حتىٰ يمضي شهر رمضان، فبينما هي تخدمني حتىٰ انكشف منها شيء فوقعت عليها ثم أسقطت في يدي، فأتيت قومي فذكرت لهم ذلك فشدَّدوا عليَّ، فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك، (فقال: «**أنت بذاك**»، فقلت: أنا بذاك يا رسول الله، وها أنا بين يديك فأمض فيّ حكم الله)، فقال لي: «**أعتق رقبة**»، فضربت يدي علىٰ صفحة رقبتي، فقلت: ما أملك رقبة إلا هذه، فقال: «**صم شهرين متتابعين**»، فقلت: وهل أصابني هذا البلاء إلا من هذا الصوم، فقال لي: «**أطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر**»، فقلت يا رسول الله: والله لقد بتنا وحشا ما لنا عَشَاء، فقال: «**انطلق إلىٰ صدقات بني زريق فخذ من مصدقهم ما اجتمع، فأطعم منه ستين مسكيناً وسقاً من تمر، واستنفق ما بقي وأطعمه أهلك**»[٢]، فأتيت قومي فقلت لهم: وجدت عندكم الشدة والضيق وسوء الرأي، ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة والبركة، فأعطوني ما اجتمع عندهم، ففعلت ما قال).

وهذا يدل علىٰ صحة الظهار المؤقت؛ ولأنه معنىٰ يؤثر فيه الكفارة، فجاز

---

(١) قال النووي: «ويصح الظهار المؤقت مؤقتاً، وفي قول: مُؤَبداً، وفي قول: لغوٌ». المنهاج ص٤٣٦.

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقىٰ، ١/١٨٥؛ وأبو داود (٢٢١٣)؛ وأحمد في المسند ٤/٣٧؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧/٣٩٠.

أن يتوقت كالإيلاء، ولأنه تحريم يختص بالنكاح فلا يبطله التوقيت كالطلاق.

١٧٥٤ - [فَصْـل: فيمن قال لامرأته أنتِ عليّ كأمي]

وقد قالوا فيمن قال لامرأته: أنت عَلَيَّ كأمي، فإنه يرجع إلى نيته عند أبي حنيفة، فإن أراد الإكرام فليس بشيء، وإن أراد الطلاق أو الظهار فهو كما نوى، وإن أراد التحريم فهو إيلاء، [١٥٢/ب] وقال أبو يوسف: هو تحريم، وقال محمد: هو ظهار(١).

وجه قول أبي حنيفة: أن التشبيه بالأم قد يكون في باب الكرامة والتعظيم، وقد يكون في باب التحريم، والتحريم منقسم، فوجب أن يرجع إلىٰ نيته، وليس كذلك إذا قال: أنت علي كفرج أمي؛ لأن التشبيه في الكرامة لا يكون بالفرج، فلم يبق إلا التحريم.

وجه قول أبي يوسف: أن الظاهر من التشبيه التحريم، والتحريم منقسم، فحمل علىٰ أدناه وهو الإيلاء.

وجه قول محمد: أن حرف التشبيه يختص بالظهار، فكان الظاهر أنه ظهار.

١٧٥٥ - [فَصْـل: في قول الرجل: أنتِ عَلَيَّ حرام كأمّي]

وأما إذا قال: أنت علَيّ حرام كأمي، حمل علىٰ نيته، فإن لم يكن نية كان ظهاراً؛ وذلك لأن التشبيه إذا وقع مع التحريم لم يقتضِ الكرامة، فلم يبق إلا التحريم وهو منقسم، فيرجع فيه إلىٰ نيته، فإن لم يكن له نية كان ظهاراً؛ لأن حرف التشبيه يختص بالظهار(٢).

---

(١) انظر: الأصل ٥/١٠، ١١.

(٢) انظر: الأصل ٥/١١.



١٧٥٦ - [فَصل: قول الرجل: أنت عليّ حرام كظهر أمي]

وأما إذا قال: أنت عَلَيَّ حرام كظهر أمي، فإن قال: نويت الطلاق لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة، وإن نوىٰ طلاقاً لم يكن طلاقاً(١).

وقال أبو يوسف ومحمد: إن نوىٰ [به] الطلاق فهو طلاق، وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا نوىٰ الطلاق كان طلاقاً، ولم أصدقه في صرفه عن الظهار، فلزمه الظهار والطلاق جميعاً.

وجه قول أبي حنيفة: أن قوله أنت عَلَيَّ حرام، محتمل، فلما قال: كظهر أمي، فقد فَسَّر التحريم بآخر كلامه فزال الاحتمال، فصار ذلك صريحاً في الظهار، فلم يعمل فيه النية.

وجه قولهما: أن قوله: (أنتِ علي حرام) يحتمل الطلاق، فإذا نواه بلفظ يحتمله وقع، والذي قاله أبو يوسف ضعيف؛ لأنه إذا وقع الطلاق بقوله: أنت عَلَيَّ حَرَامٌ، لم يقع الظهار بعد البينونة، وإن [أوقعنا](٢) بقوله: أنت علي حرام، لم يجز؛ لأنه [يحتمل](٣) اللفظ علىٰ معنيين مختلفين.

ووجه قول أبي يوسف: أن الظهار يلزمه باللفظ والطلاق باعترافه، فيصدق فيه، ولا يملك إسقاط ظاهر اللفظ(٤).

(١) ذكر محمد في الأصل ـ بعد القول أنه مظاهر ـ «قولاً آخر: إذا أراد بالتحريم الطلاق، فهي طالق بائن في قول أبي يوسف ومحمد». الأصل ٥/١١.

(٢) في أ (أوقعها).

(٣) في ب (حمل) والمثبت من أ.

(٤) انظر: الأصل، ٥/١١، شرح مختصر الطحاوي ٥/١٧٠ وما بعدها. التجريد، ١٠/٥٠٦٧ وما بعدها.



باب
كفارة الظهار

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: قد بينا أن الظهار يوجب تحريماً يرتفع بالكفارة، والله تعالىٰ أوجب الكفارة بالظهار والعَوْد، فقال: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ [المجادلة: ٣]، فاختلف الناس في العود، فقال أصحابنا: العود: عزمه علىٰ أن يطأها، وقال الشافعي: أن يسكت عن طلاقها عقيب الظهار[١]، وقال نافي القياس: أن يكون لفظ الظهار.

وما قاله نافي القياس (يخالف ظاهر)[٢] القرآن؛ لأن الله تعالىٰ قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ [المجادلة: ٣]، ولو كان المراد [منه] ما قاله لقال: «ثم يعيدون ما قالوا»، وقد دل علىٰ بطلان قوله خبر أوس بن الصامت، وسلمة بن صخر؛ لأن النبي ﷺ أوجب علىٰ كل واحد منهما الكفارة، ولم يسألهما عن إعادة اللفظ، ولأنه تحريم يختص بالنكاح فلا يقف علىٰ إعادة اللفظ كالطلاق. وأما الذي قاله الشافعي لا يصح؛ لأن العود يقتضي ضد ما بدأ به، يقال: عاد في هبته، إذا رجع، والظهار لم [يرفع][٣] النكاح حتىٰ يكون إمساكها عوداً؛ ولكنه (أراد)[٤] التحريم، فإذا عزم علىٰ الوطء (فقد عاد)[٥] فيما حرّمه، فصح أن يسمىٰ ذلك

(١) انظر: الأم، ص١١٠٨.

(٢) في أ (مخالف لظاهر).

(٣) في ب (ينف) والمثبت من أ.

(٤) في أ (أفاد).

(٥) في أ (فهو عائد).

عوداً، ولأن الطلاق لو أسقط حكم الظهار عقيب الظهار أسقطه في الثاني كالكفارة.

وإذا ثبت [١٥٣/أ] أن العود هو العزم، فقد قال أصحابنا: إذا عزم على وطئها، وجبت عليه الكفارة، فإن بدا له [في] أن لا يطأها سقطت الكفارة منه، فكأنها تجب عندنا غير مستقرة؛ ولهذا يسقط بموته وموتها، وقال الشافعي: إذا سكت عن طلاقها عقب ظهارها استقرت الكفارة.

لنا: أن الكفارات وضعت للتطهير فجاز أن يكون منها ما يجب وجوباً غير مستقر، أصله الحدود وقد ثبت أن القتل المتعلق بالردة لا يستقر.

١٧٥٧ - [فَصْل: كفارة الظهار]

قال: والكفارة ما ذكر الله تعالىٰ في كتابه: من تحرير رقبة من قبل أن يتماسا، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً، ولم يشترط فيه [المسيس][١]؛ فهذه الكفارة عندنا علىٰ الترتيب؛ لأن الله تعالىٰ ذكرها بلفظ الترتيب، ومن شرط العتق والصوم تقديمهما علىٰ المسيس، وكذلك الإطعام عندنا، وقال مالك: من كانت كفارته الإطعام جاز له أن يطأ قبل الإطعام[٢].

لنا: أنه [أحد][٣] أنواع الكفارة فصار كالعتق، ولأنه لا يأمن أن يقدر علىٰ العتق أو الصوم في خلال الإطعام فينتقل إليه فيكون قد جامع قبله فلا يصح.

---

(١) في ب (المسكين) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥/٨، ٩.

(٣) في ب (أخذ) والمثبت من أ.

١٧٥٨ - [فَصْـل: الوطء قبل التكفير]

قال: فإن وطئ في ذلك كله قبل أن يُكَفِّرَ، استغفر الله ولم يعد حتىٰ يكفر، وقد بينا ذلك.

١٧٥٩ - [فَصْـل: الكفارة بعتق بعض الرقبة]

وإن أعتق بعض رقبة ثم وطئ ثم أعتق ما بقي منها لم يجزه، وعليه أن يستقبل عتق رقبة [أخرىٰ]؛ وذلك لأن من أصل أبي حنيفة أن العتق يَتَبَعَّضُ، فعتق البعض لا يوجب عتق الجميع، وقد أمر الله تعالىٰ بتقديم العتق علىٰ المسيس، فإذا مَسَّ في خلاله فلم يعتق علىٰ الوجه المأمور به، ولا يجيء هذا النوع علىٰ قول أبي يوسف [ومحمد]؛ لأن [عندهما][1] أن عتق البعض عتق للجميع.

١٧٦٠ - [فَصْـل: وقاع المُظاهر في خلال الصوم]

فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الصوم جماعاً يفسد الصوم استقبل في قولهم؛ لأن الله تعالىٰ شرط في الصوم التتابع، فإذا أفطر في خلاله فطراً يمكنه الاحتراز منه، فقد ترك التتابع المشروط، فلا يجزئه الصوم.

١٧٦١ - [فَصْـل: وقاع المظاهر في الشهرين ناسياً]

وإن جامع في الشهرين ليلاً أو نهاراً ناسياً لصومه، استقبل في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يمضي علىٰ صيامه.

وجه قولهما: أن الله تعالىٰ أمره بصوم شهرين لا مسيس قبلهما ولا فيهما،

---

(١) في ب (أبي يوسف؛ لأن عنده) والمثبت من أ.



فإذا جامع في خلالهما فلم يأت بالمأمور به؛ ولأنها صفة منصوص عليها في الكفارة، فإذا تركها ناسياً أبطل الصوم عن الكفارة كالتتابع.

وجه قول أبي يوسف: أنه وطء لا يفسد الصوم، فلا يقطع التتابع، كوطء غيرها، وأما إذا جامع في خلال الإطعام لم يلزمه الاستئناف؛ لأن الوطء لم يمنع منه لمعنىً يختص بالإطعام، ألا ترىٰ أن الله تعالىٰ لم يشترط في الإطعام ترك المسيس، وإنما منع من الوطء لجواز أن يقدر علىٰ الصوم أو العتق، والنهي إذا لم يكن لمعنىً في نفس المنهي لم يقتضِ الفساد.

١٧٦٢ ـ [فَصْل: الصفات التي لا تجزئ في الكفارة]

ولا [تجزئ][١] الرقبة العمياء ولا المقطوعة اليدين، ولا الرِّجْلَيْنِ، [ولا اليد والرجل] من جانب واحد، وتجزئ المقطوعة اليد والرجل من خلاف، والعوراء.

وجملة هذا: أن منفعة الجنس إذا عدمت منعت العتق عن الكفارة كالميت، ومتىٰ كانت منفعة الجنس [١٥٣/ب] باقية لم تمنع [كالمشجوج]، فإذا ثبت هذا، قلنا في العمياء: إن منفعة الجنس ـ وهي النظر ـ معدومة فلم تجزئ، فأما العوراء: فمنفعة الجنس باقية فأجزأت، وأما المقطوعة اليدين أو الرجلين: فمنفعة الجنس معدومة وهي البطش والمشي، وكذلك قطع اليد والرجل من جانب واحد يمنع المشي، وأما قطع اليد والرجل من خلاف، فإن منفعة المشي والبطش باقية؛ فلذلك جاز، وأما الخرساء: فلا تجزئ؛ لأن منفعة الجنس وهي الكلام قد عدمت، وأما الصماء: فالقياس أن لا تجزئ؛ لأن منفعة الجنس وهي

---

(١) في ب (تجوز) والمثبت من أ.



السمع [قد] عدمت، والاستحسان: أن تجزئ؛ لأن الأصم يسمع إذا صاح به الإنسان فمنفعة الجنس باقية، [ولكنها][1] نقصت، [وإنما لا يسمع الأطروش[2]، وعتقه لا يجوز]، ولا يجوز المقطوع (إبهامي)[3] يديه، لأن قطع الإبهام يذهب بقوة اليد ويمنع من العمل فهو كقطع اليدين، فأما المقطوع الأذنين فيجزئ؛ وذلك لأن الأذن الشاخصة إنما تراد للزينة، فعدمها لا يبطل منفعة الجنس، وكذلك الحاجبين والذاهب للشعر واللحية؛ لأن الشعر لا منفعة فيه، وإنما يراد للزينة، ويجزئ مقطوع الأنف؛ وذلك لأن قطع الأنف يفوت به الجمال، ومنفعة [الشم][4] باقية، وأما مقطوع الشفتين إذا كان يقدر على الأكل فيجزئ؛ لأن منفعة الجنس باقية وإنما عدمت الزينة، ولا يجزئ الساقط الأسنان؛ لأنه لا يقدر على الأكل، وعدم منفعة الجنس يمنع الجواز، ولا يجوز؛ أم الولد وذلك لأن رقها ناقص، ألا ترى أنه مستحق لغير الكفارة، والمستحق إيقاع العتق في رقٍّ كامل، وكذلك المدبرة؛ لأن عتقها يتعلق بموت المولى على الإطلاق، [فهي] كأم الولد، وكذلك ابن أم الولد؛ لأنه يسري إليه الحق المتعلق بأمه فجرى مجراها، فأما المكاتب إذا لم يؤدِّ شيئاً من مال الكتابة فعتقه جائز عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز[5]، وهو قول زفر.

لنا: أنَّ رقه كامل بدلالة أنه إذا عجز جاز بيعه، فلو نقص رقه لم يرتفع النقص في ذلك الملك كأم الولد، وإذا كان رقه كاملاً وقد أعتقه من غير عوض

---

(١) في ب (وإنما) والمثبت من أ.
(٢) «وقال الأزهري: رجل أَطْرُوش، قال: ولا أدري أعربي أم دخيلٌ». المصباح (طرش).
(٣) في أ (أباهيمه).
(٤) في ب (الجنس) والمثبت من أ.
(٥) انظر: مختصر المزني ص٢٠٥.



صار كالعبد القِنّ، وليس كذلك إذا أدّىٰ بعض مال الكتابة؛ لأن المانع من جوازه سلامة العوض للمولىٰ عن رقه، فاتهم في إعتاقه فصار [كالعتق علىٰ مالٍ.

لزفر: أنه استحق من غير جهة الكفارة، فصار] كأم الولد.

١٧٦٣ - [فَصْل: ما لا يجزئ من العتق عن الكفارة]

ولا يجزئ أن يعتق عن كفارته عبداً علىٰ مال؛ وذلك لأن العتق مستحق علىٰ طريق القربة، والعوض يبطل معنىٰ القربة، لقوله ﷺ: «**بشر أمتي بالسناء والتمكين ما لم يعملوا عمل الآخرة يبتغوا به الدنيا**»[1].

١٧٦٤ - [فَصْل: الكفارة بعتق عبد مشترك]

فإن أعتق عبداً بينه وبين شريكه لم يجز في قول أبي حنيفة، وجاز في قول أبي يوسف ومحمد إن كان موسرًا، وهذا فرع علىٰ أصل أبي حنيفة: أن العتق يتبعض، وأمّا المعتق بعضه يُستسعىٰ، فهو في حكم المكاتب، فإذا أعتق نصيبه عن الكفارة عَتق، ودخل [في] نصيب شريكه نقص بعتقه، ولذلك يلزمه الضمان، وذلك النقص لم ينصرف إلىٰ الكفارة؛ لأنه في غير ملكه، وإذا ضمن ما نقص عتق الباقي، فكأنه أعتق عبداً إلا شيئاً.

فأما علىٰ أصلهما فالعتق لا يتبعض، فعتق البعض عتق للجميع؛ فيجزئ عن الكفارة وليس كذلك إذا كان [١٥٤/أ] المعتق معسراً؛ لأن السعاية قد وجبت، فصار كالعتق بعوض، فأما إذا كان العبد كله له فأعتق نصفه ثم أعتق ما بقي،

---

(١) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك من حديث أُبيٍّ (بشر أُمّتي بالسناء والرفعة والتمكين في البلاد ما لم يطلبوا الدنيا بعمل الآخرة..) وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ٣٥٤/٤؛ وأبو نعيم في الحلية، ٢٩٠/١٠.

فالقياس أن لا يجوز عند أبي حنيفة ؛ لأنه لما أعتق النصف صار النصف الباقي ناقصاً بعتقه ، فهو كالعبد المشترك ، إلا أنهم استحسنوا فقالوا يجوز ؛ لأن ذلك النقص الذي حصل بعتق النصف الأول نقص من ملكه ، وقد حصل بعتقه فيجزئ عن كفارته ، فصار كمن أعتق نصفاً وشيئاً ثم أعتق ما بقي .

١٧٦٥ - [فَصْل: صفة الكفارة بالطعام]

قال: وإذا كَفَّر بالطعام أطعم لكل مسكين نصف[١] صاع من بُرٍّ أو دقيقه أو سويقه ، أو صاعاً من تمر أو شعير ، وكذلك دقيق الشعير وسويقه ، وقال الشافعي: مُدٌّ[٢] ، وقد دل على ما ذكرناه حديث[٣] أوس بن الصامت وسلمة بن صخر: أن النبي ﷺ أمر كل واحد منهما بوسق من تمر ، والوسق: ستون صاعاً ، ولأنها صدقة مقدرة بالمسكين فلا يجزئ فيها المد كصدقة الفطر ، فأما الزبيب فقد اختلفت الرواية فيه عن أبي حنيفة فأجراه في إحدى الروايتين مجرى الحنطة ، وفي الأخرى مجرى الشعير ، والكلام في ذلك كالكلام في صدقة الفطر .

قال: وما عدا هذا من الحبوب فإنه يخرج بقيمة نصف الصاع من البّر أو الصاع من الشعير ، وان أعطى المساكين قيمة [ذلك دراهم][٤] أجزأه ؛ وذلك لأن المقصود سَدّ الخَلَّة وهذا يوجد في القيمة كما يوجد في المنصوص [عليه]

---

(١) «والصاع عند أبي حنيفة ومحمد: ثمانية أرطال بالعراقي» ويقدر الآن الصاع الشرعي= ٣,٢٩٦,٨ غراماً= ٤,١٢٧,٣٠ ليتر .
انظر: مختصر القدوي ، ص١٣٠ ؛ الإيضاح والتبيين لابن الرفعة ، ص٥٧ .

(٢) المُدُّ: يساوي رطل وثلث بالعراقي ، ويساوي (٥١٠) غراماً لدى الجمهور ، وعند الحنفية: المد رطلان بالعراقي . ويساوي (٨١٢,٥) غراماً .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢١٤) ؛ والترمذي (٣٢٩٩) ؛ والبيهقي في الكبرى (٣٨٩/٧) .

(٤) في ب (ما ندر لهم) والمثبت من أ .



وهذا فرع على أصلنا في القيمة في الزكوات.

١٧٦٦ - [فَصْل: إعطاء الكفارة لمساكين الكفار]

ومساكين أهل الذمة يجوز في ذلك، وفقراء المسلمين أحبُّ إليّ، وقال أبو يوسف: لا يجزئ.

وجه قولهما: أنها صدقة ليس للإمام حق في أخذها كالنفل، وجه قول أبي يوسف: أنها صدقة واجبة كالزكاة.

١٧٦٧ - [فَصْل: الكفارة بعتق عبد ذمي]

وأما إذا أعتق عبداً ذمياً جاز عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز[١].

لنا قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] فهذا عام في الكافر والمسلم، ولأنها رقبة لم تجب بإتلاف رقبة، فلا يشترط فيها الإسلام من غير إيجاب كالنفل، وأما قوله: إن فقراء المسلمين أحب إلي؛ فلأنه يحصل بذلك سد الخَلّة ومنفعة المسلم أولى.

١٧٦٨ - [فَصْل]:

ولا يجوز أن يعطي فقراء أهل الحرب وإن كانوا مستأمنين، وذلك لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَأَخۡرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمۡ﴾ ولأن في ذلك تقوية للحربي على المسلم، وذلك لا يجوز[٢].

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٠٤.

(٢) انظر: الأصل ٥/١٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي، ٥/١٨٥ وما بعدها؛ التجريد ١٠/٥٠٨٧ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يطلق امرأته ثلاثاً متى تحل له

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً في كلمة واحدة أو متفرقات وهي مدخول بها، والطلاق سُنَّة أو بِدْعة فقد حرمت عليه حتىٰ تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها الثاني، فإذا طلقها أو فارقها وانقضت العدة حَلَّتْ للأول، والأصل في ذلك قوله تعالىٰ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فدل علىٰ أن التطليقة الثالثة يتعلق بها التحريم، وأنه لا يرتفع إلا بزوج، ومن شرطه أن يتزوجها نكاحاً صحيحاً، وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ والزوج لا يكون إلا في نكاح صحيح؛ ولأنه إذا تزوجها نكاحاً فاسداً ودخل بها فهو وطء لم يوجبه عقد النكاح، فصار كالواطئ بشبهة(١). [١٥٤/ب].

١٧٦٩ ـ [فَصْل: في حِلّ البائنة لزوجها الأول]

ولا تحل لزوجها الأول بالعقد الثاني حتىٰ يدخل بها، وقال سعيد بن المسيب: تحل بنفس العقد.

لنا: ما روي في حديث ابن عمر أن النبي ﷺ سئل وهو علىٰ المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها غيره، فأغلق الباب وأرخىٰ الستر وكشف الخمار، ثم فارقها، قال: «**لا تحل للأول حتىٰ يذوق عسيلتها الآخر**».

---

(١) انظر: الأصل ٤/٣٩٢.



وروىٰ سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها: أن امرأة رفاعة القرظي أتت رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن رفاعة قد بَتَّ طلاقي، وإني تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير، وإنما عنده مثل هدبة الثوب، فقال رسول الله ﷺ: «**أتريدين أن ترجعي إلىٰ رفاعة؟ قالت: نعم، قال: لا، حتىٰ تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك**»(١).

وروىٰ هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن عمرو بن حزم طلق العميصاء، فنكحها رجل فطلقها قبل أن يمسها، أو قال: طلقها رجل فتزوجها عمرو بن حزم، فطلقها قبل أن يمسها، فأتت رسول الله ﷺ تسأله أن ترجع إلىٰ زوجها الأول، فقال: «**هل قربك؟**»، قالت يا رسول الله ما كان الذي له إلا كهدبة الثوب، فقال: «**لا، حتىٰ تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك**»(٢).

واحتج سعيد بن المسيب بظاهر قوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ وهذا يقتضي وقوع الإباحة بنفس النكاح.

والجواب: أن الله تعالىٰ لما ذكر النكاح والزواج دل علىٰ اعتبار أمرين، ولو كان يكفي أحدهما لاقتصر عليه.

١٧٧٠ـ [فَصْل: الوطء في رفع التحريم]

فإذا وطئها الزوج الثاني رفع تحريم الطلاق وصارت أجنبية لا عقد عليها، ولا تحل للأول إلا بعقد.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٠١١، ٢٤٩٦)؛ ومسلم (١٤٣٣)؛ وأصحاب السنن.

(٢) أورده ابن حجر في الإصابة، ٤٥/٨، وعزاه إلىٰ أبي نعيم.

١٧٧١ - [فَصْـل: في الحِلّ بوقاع الصبيّ]

وإذا تزوجها الصبي الذي يجامع فجامعها حَلَّتْ، لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ ولم يفصّل؛ ولأن وطء الصبي يتعلق به من أحكام النكاح كوطء البالغ بدلالة المهر، وكذلك المجنون؛ لأن وطئه يتعلق به من أحكام النكاح ما يتعلق بوطء الصحيح، وكذلك الصغيرة التي تجامع إذا طلقها زوجها ثلاثاً فدخل بها الزوج الثاني؛ لأن وطئها يتعلق به أحكام الوطء من المهر والتحريم، فصار كوطء البالغة.

وقد قالوا في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً: إذا تزوجت زوجاً فطلقها قبل أن يدخل بها ثلاثاً، ثم تزوجت بزوج ثالث فدخل بها حلت للأولين؛ لأن وطء الثاني يرفع التحريم المتعلق بالثلاث، فاستوى في ذلك (حق)[1] الزوج والزوجين.

١٧٧٢ - [فَصْـل: في الحِلِّ بوطء الزوج الثاني في حيض]

فإن وطئ الزوج الثاني في حيض أو نفاس، أو صوم أو إحرام، فإنها تحل بذلك الجماع؛ وذلك لأنه وطء أوجبه النكاح، والتحريم فيه عارض، فصار كوطء المريضة.

١٧٧٣ - [فَصْـل: في الحِلِّ بنكاح الزوج النصراني الثاني]

(وكذلك)[2] نصرانية تحت مسلم طلقها ثلاثاً، فنكحت نصرانياً نكاحاً يُقَرّان عليه لو أسلما ودخل بها، فإنها تحل لزوجها الأول؛ وذلك لأنه نكاح

---

(١) في أ (حكم).

(٢) في أ (وكل).



صحيح في حقهم بدلالة أنهم يُقَرّون عليه بعد الإسلام ، فصار كنكاح المسلمين .

١٧٧٤ ـ [فَصْل: كون الزوج الثاني عبداً]

ولو كان الزوج الثاني عبداً أو مدبَّراً أو مُكاتباً تزوج بإذن مولاه ودخل بها حَلَّتْ للأول ؛ لأنه وطءٌ أوجبه النكاح ؛ ولأن وطء هؤلاء يتعلق به أحكام النكاح ، كما يتعلق بوطء الحر .

١٧٧٥ ـ [فَصْل: كون الزوج الثاني مشلولاً]

فإن كان الزوج مشلولاً ينتشر ويجامع حَلَّتْ ؛ لأنه يوجد منه المخالطة وإنما [١٥٥/أ] عدم الإنزال فصار كالفحل إذا جامع ولم ينزل ، فأما المجبوب فإنها لا تحل للأول ؛ لأنه لا يوجد منه المخالطة وإنما يوجد منه الملاصقة ، والإباحة تحصل بالتقاء الختانين .

١٧٧٦ ـ [فَصْل: في إحصان زوجة المجبوب]

فإن حبلت امرأة المجبوب وولدت ، حَلَّتْ للأَوَّل ، وكانت محصنة عند أبي يوسف ، وقال زفر: لا تحل للأول ولا تكون محصنة ، وهو قول الحسن .

وجه قول أبي يوسف: أن ثبوت النسب في حكم الوطء بدلالة استقرار المهر على أصله في حال الحياة فصار كالدخول .

وجه قول زفر: أن ثبوت النسب قائم مقام الوطء من طريق الحكم كالخلوة ، ولأنا نثبت النسب وإن كانت زانية ؛ لأنه ولد على الفراش ، والتحليل لا يقع بالزنا .

١٧٧٧ - [فَصْل: أثر النيّة في التحليل]

فإن تزوجت ومن نيتها التحليل ولم يشترطا ذلك بقول، وإنما نويا [ذلك] ودخل بها على هذه النية حَلَّت للأول؛ وذلك لأنه نكاح صحيح بشرائطه، فالنية لا تؤثر فيه، كما لو نويا التأجيل والمعاني المفسدة.

١٧٧٨ - [فَصْل: أثر شرط الإحلال في التحليل]

فإن شرطا الإحلال بالقول وأنه يتزوجها كذلك وكان الشرط منهما فهو نكاح صحيح عند أبي حنيفة وزفر، ويكره للثاني وتحل للأول ويكره، وقال أبو يوسف: نكاح الثاني فاسد وإن وطئها لم تحل للأول، وقال محمد: النكاح[١] صحيح ولا تحل للأول.

وجه قول أبي حنيفة وزفر: أن النهي عن هذا العقد ليس لمعنى في نفس المنهي، وإنما هو في غير المعقود عليه، فلا يفسد العقد كسائر الشروط، إلا أنه يكره لما روى عَلِيٌّ عن النبي ﷺ أنه قال: «**لعن الله المحلل والمحلل له**»[٢].

وجه قول أبي يوسف حديث علي، وروي أن النبي ﷺ قال: «ألا أنبئكم بالتيس المستعار»، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: «**الرجل يتزوج المرأة ليحلها لزوجها**»[٣]، ولأنه في معنى توقيت النكاح، والتوقيت إذا شرط في العقد أفسده،

---

(١) في أ (نكاح الثاني).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٧٦)؛ وابن ماجه (١٩٣٦)؛ وابن الجارود في المنتقى، ١/١٧٢؛ والبيهقي في الكبرى، (٧/٢٠٨). وغيرهم.

(٣) أخرجه ابن ماجه (١٩٣٦)؛ والحاكم في المستدرك، ٢/٢١٧؛ والدارقطني في المسند، ٢/٢١٥؛ والبيهقي في الكبرى، ٧/٢٠٨.



وإذا ثبت أن النكاح فاسد لم يقع به التحليل.

وجه قول محمد: أنه استعجل ما أخر الله تعالىٰ عنه، فصار كمن قتل أباه.

١٧٧٩ - [فَصْل: زواج البائنة مع إخبارها بأنها تزوجت ثانياً وطُلِّقَتْ]

فإذا طلق الرجل المرأة ثلاثاً فغابت عنه مدة، ثم أتته فقالت: قد تزوجت زوجاً غيرك، ودخل بي وانقضت عدتي، قال محمد: لا بأس أن يتزوجها ويصدقها إذا كانت عنده ثقة، أو وقع في قلبه أنها صادقة؛ وذلك لأن هذا خبر من أخبار الدين فيقبل فيه قول المرأة كالخبر عن رسول الله ﷺ.

وقال الحسن بن زياد: إن تزوجها ولم تخبره بشيء، فلما وقع النكاح قالت: لم أتزوج زوجاً غيرك، أو قالت: [قد] تزوجت ولم يدخل بي، أو قالت: قد خلا بي أو جامعني فيما دون الفرج، وكذَّبها الأول وقال: قد دخل بك الثاني، فالقول قول المرأة في ذلك؛ لأن هذا المعنىٰ لا يعلم إلا من جهتها، فالقول قولها فيه كالحيض والحبل.

١٧٨٠ - [فَصْل: اختلاف الزوجين في دخول الثاني بالمرأة]

فإن كان الزوج هو الذي قال: لم تتزوجي، أو قال: لم يدخل بك الثاني، وقالت المرأة: قد دخل بي، فالقول قول المرأة، ويفسد النكاح بقول الزوج، ولها نصف المسمىٰ إن كان لم يدخل بها، وجميعه إن كان قد دخل بها؛ وذلك لأن المرجع في هذا إلىٰ قول المرأة، وقول الزوج غير مقبول عليها فلا يسقط مهرها إلا أنه يملك [١٥٥/ب] التحريم، فاعترافه بفساد النكاح (كإيقاع فرقة)[1].

---

(١) في أ (فوقعت الفرقة).

١٧٨١ـ [فَصْـل: في الدخول بالعقد الفاسد]

قال: والدخول بالعقد الفاسد لا يحلها، وكذلك إن كان النكاح الثاني مختلفاً في فساده، لم تحل به عند من يفسد، وقد قدمنا هذا الفصل.

١٧٨٢ـ [فَصْـل: بينونة الأمة بطلقتين]

قال: وإذا طلق زوج الأمة اثنتين لم تحلّ له حتىٰ تنكح زوجاً غيره، لأن التطليقتين جملة ما يملك عليها، بدلالة قوله ﷺ: «**طلاق الأمة تطليقتان**»[1]، فصار كالثلاث في الحرة.

١٧٨٣ـ [فَصْـل: التحليل بوطء المولىٰ بملك اليمين]

ولا يحلها للأول وطء المولىٰ بملك اليمين، وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ والمولىٰ ليس بزوج، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: ليس بزوج، يعني: السيد[2].

وقد روي أن عثمان سئل عن ذلك وعنده عَلِيٌّ وزيدُ بن ثابت، فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا: هو زوج، فقام عَلِيٌّ مغضباً كارهاً لما قالا.

وقد روي أنه قال: ليس بزوج، ولأنه وطء لم يوجبه النكاح، فصار كالوطء بالشبهة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)؛ والترمذي (١١٨٢)؛ وابن ماجه (٢٠٨٠)؛ والحاكم في المستدرك ٢/٢٢٣. وغيرهم.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٣/٥٢٣؛ وعبد الرزاق ٦/٢٧١.




١٧٨٤ - [فَصْل: التحريم الذي لا يرتفع بالوطء]

قال: وإن اشتراها الزوج قبل أن تنكح زوجاً غيره لم تحل له بملك اليمين، وإن أعتقت لم يحل له أن يتزوجها؛ وذلك لأن الطلاق يوجب تحريماً لا يرتفع إلا بوطء زوج، والملك من أسباب الإباحة إذا لم يكن الوطء محظوراً، فأما مع حظر الوطء فلا تحل كأخته من الرضاعة.

١٧٨٥ - [فَصْل: هدم الطلاق بالوطء الثاني]

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنَّ وَطْءَ الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث، وقال محمد: لا يؤثر فيها، وبه قال الشافعي[١].

لنا: [أنه وطء] زوج ثانٍ فرفع الحكم المتعلق بالطلاق، كما لو كان الطلاق ثلاثاً، ولأنها فارقت الأجنبيات بالطلاق، ألا ترى أنه لو تزوجها لم يملك منها جملة الطلاق، فإذا وطئها الزوج الثاني ألحقها بالأجنبيات كالمطلقة ثلاثاً لما فارقت الأجنبيات بالطلاق؛ بدلالة أنه لا يجوز أن يتزوجها، ألحقها وطء الزوج الثاني بالأجنبيات.

وجه قول محمد: أنّ وطء الزوج الثاني يحتاج إليه للإباحة، فإذا كانت مباحة قبله لم يؤثر وطؤه في الإباحة، فلم يرتفع الطلاق كوطء المولىٰ[٢].



---

(١) انظر: مختصر المزني ص١٩٥.

(٢) انظر: الأصل ٤/٤٦٧ وما بعدها.



بَابُ
الطلاق في المرض

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو ثلاثاً أو رجعياً في مرضه الذي مات فيه، ثم مات وهي في العدة، ورثته، وبه قال مالك، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا ترث، وأما إذا مات بعد انقضاء عدتها لم ترث عندنا، وقال مالك: ترث ما لم تتزوج، وهو أحد [قولي][1] الشافعي، فأما إذا تزوجت لم ترث عندنا، وقال ابن أبي ليلىٰ: ترث، وهو أحد [قولي][2] الشافعي[3].

والدليل علىٰ ما قلناه: إجماع الصحابة، وروي عن إبراهيم قال: جاء عروة البارقي إلىٰ شريح بخمس خصال من عند عمر بن الخطاب (فيهن)[4] أن الرجل إذا طلق امرأته وهو مريض ثلاثاً ورثت ما دامت في عدتها[5].

وروىٰ الشعبي أن أم البنين بنت عيينة بن حصن [١٥٦/أ] كانت تحت عثمان بن عفان، فلما حُصِر طَلَّقَها، وقد كان أرسل إليها يشتري منها ثمنها فأبت، فلما

---

(١) في ب (أقوال) والمثبت من أ.

(٢) في ب (أقوال) والمثبت من أ.

(٣) وقال الدمشقي: «وللشافعي قولان، أظهرهما: لا ترث». انظر: المبسوط، ٤٣/٦؛ مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٤٣٣/٢؛ مختصر المزني ص١٩٤؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص٤١٨

(٤) في أ (منهن).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، ١٧١/٤.

قتل أتت علياً (رضي الله عنه) فذكرت له ذلك فقال: تركها حتىٰ إذا أشرف علىٰ الموت طلقها فَوَرَّثَها[1].

وروي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر [الكلبية][2] في مرضها آخر تطليقاتها الثلاث، وكانت تحته أم كلثوم بنت عقبة أخت عثمان بن عفان فورّثها منه عثمان[3].

وروي أنه قال: ما [أتّهمه][4] ولكني أريد أن تكون سنة.

وروىٰ هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت في المطلقة ثلاثاً وهو مريض: ترثه ما دامت في العدة[5].

وعن أبيّ بن كعب: أنها ترث ما لم تتزوج، وقال ابن سيرين: (كانوا يقولون ولا يختلفون: من فرّ من كتاب الله رُدَّ إليه، يعني: الرجل (يطلق امرأته ثلاثاً في مرضه)[6]، قال)[7]: ترث ما دامت في العدة، ولا يقال إن ابن الزبير مخالف؛ لأنه قال في تماضر ورثها عثمان بن عفان، ولو وليت أنا لما ورثتها؛ لأن هذا لا دلالة فيه علىٰ الخلاف؛ لجواز أن يكون معناه أن عثمان ظهر له من الاجتهاد ما لو كنت مكانه لم يظهر لي، ويجوز أن يكون قال ذلك لأنها سألت الطلاق،

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، ٤/١٧١.
(٢) في ب (الكتابية) والمثبت من أ.
(٣) أخرجه مالك في الموطأ (مع شرح الزرقاني)، ٣/٢٥٣؛ وابن أبي شيبة، ٤/١٧١.
(٤) في ب (ما ائتمنه) والمثبت من أ.
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة، ٤/١٧٢.
(٦) أخرجه ابن أبي شيبة، ٤/١٧٢؛ وأورده العيني في العمدة، ٢٠/٢٣٤.
(٧) في أ (من طلق في مرضه فإنها).

وعندنا أنها إذا سألت لم ترث، وإذا وَرَّثها عثمان مع مسألتها، فإذا لم تسأل أولىٰ، ولأن ابن الزبير قال هذا في ولايته، وقد انعقد الإجماع قبله، فلو خالف لم يعتد بخلافه؛ لأنه حق مالي تستحقه المطلقة الرجعية، فجاز أن تستحقه المطلقة البائن كالسكنىٰ ونفقة الحامل؛ ولأنه طلقها في حال تلحقه التهمة، واتصل ذلك بموته وهي في العدة فورثت ما لم يسقط حقها، أصله: إذا قال لها أنت بائن.

١٧٨٦ - [فَصل: التوارث مع بقاء حقوق النكاح]

وأما إذا انقضت عدتها لم ترث عندنا؛ لأن النكاح زال وزالت أحكامه؛ بدلالة أنها تحل للأزواج، والتوارث إنما يكون مع بقاء حقوق النكاح.

١٧٨٧ - [فَصل: الميراث إذا تزوجت البائنة]

وأما إذا تزوجت لم ترث؛ وذلك لأنها لو ورثت وهي تحت زوج، جاز أن يطلقها الثاني وهو مريض قبل أن يموت الأول، فترثهما جميعاً، والمرأة لا تستحق في حالة واحدة ميراث زوجين[1].

١٧٨٨ - [فَصل: المرض المؤثر في أحكام الطلاق]

قال أبو الحسن: وهذا إذا كان مريضاً مضنىً يكون صاحب فراش، وأما إذا كان يذهب في حوائجه ويجيء وهو مع ذلك يحمّ فهو بمنزلة الصحيح، وقال الحسن عن أبي حنيفة: المرض الذي إذا طلقها فيه كان فارّاً إذا كان مضنىً لا يقوم إلا بشِدَّة وهو في حال [يقدر في][2] الصلاة جالساً.

(١) انظر: الأصل ٤/٥٢٨، ٥٢٩.
(٢) في أ (يصلي).



قال: وجملة هذا أن المرض الذي يؤثر في الأحكام هو الذي يخاف منه التلف غالباً، فأما ما يجوز أن يكون منه تلف ويجوز أن لا يكون في الغالب فهو كالصحة، والمريض إذا كان صاحب فراش أو كان مضنىً لا يقدر على القيام إلا بشدة [١٥٦/ب] والغالب من حاله خوف التلف يثبت له أحكام المرض، وإذا كان يذهب ويجيء [فليس][١] الغالب منه خشية التلف [فصار][٢] كالصحيح.

ولهذا قالوا في المحصور، والواقف في صف القتال، ومن وجب عليه القتل في حدٍّ أو قصاص فحبس ليقتل: إنه كالصحيح؛ لأن هذه الحالة ليس الغالب منها خشية التلف، ألا ترى أن الإنسان يتخلص منها غالباً، قالوا: ولو قُدِّم ليقتل، أو بارز المواقف وخرج من الصف، فهو كالمريض؛ لأن الغالب من هذه الحالة خشية التلف، وكذلك المرأة إذا ضَرَبَها الطَّلْقُ، فهي في حكم المريض؛ لأن الغالب خشية التلف عليها.

ولا بد إذا طلق في هذه الأحوال أن يبقى على حاله حتى يموت، وأما إذا قام من [مرضه][٣] بعد ما طلقها، فكان يجيء ويذهب ويقوى على الصلاة قائماً، ثم نكس فعاد إلى الحالة التي كان عليها ثم مات لم ترثه، وقال زفر: ترثه.

وجه قولهم: أن الصحة إذا حصلت بعد إيقاع الطلاق فقد زالت الزوجية في حال لا حق لها في الإرث، فإذا مرض بعد ذلك لم يعد حقها كما لو طلقها في الصحة ثم مرض.

وجه قول زفر: أن الطلاق حصل في حالة يلحقه فيه التهمة والموت حصل

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.
(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.
(٣) في ب (موضعه) والمثبت من أ.

فيها ، والمعتبر بحال الإيقاع وحال الاستحقاق ، وما بين ذلك لا يعتبر[١] .

١٧٨٩ ـ [فَصْـل: الميراث إذا جاءت الفُرْقَة من المرأة]

فإذا جاءت الفرقة من المرأة في مرضها أو في حال طَلَّقها فارتدت عن الإسلام ، ورث الزوج منها ؛ لأنها متهمة في سبب الفرقة مع تعلق حقه بمالها ، كما يتهم الزوج في فرقتها مع المرض ؛ [فلذلك][٢] ورث .

١٧٩٠ ـ [فَصْـل: زوجان لا يتوارثان ، فطلق الزوجة ثلاثًا]

وإذا كان أحد الزوجين ممن لا يرث الآخر ، فطَلَّقَها ثلاثاً في هذه الحال وهو مريض ، ثم صار في حال يتوارثان [لو][٣] لم يوقع الطلاق ، لم ترثه ، وإن مات وهي في العدة مثل أن يكون عبداً وهي حُرَّةٌ أو هو حُرٌّ وهي أمة أو مكاتبة ، أو الزوج مسلم وهي كتابية ، فيعتق المملوك أو يُسلم الكافر وهي في العدة ويموت الزوج ، فإنها لا ترث ؛ وذلك لأن الميراث ثبت لأنه فَارٌّ بالطلاق من ميراثها مع تعلق حقها بما له ، ولا حق لها مع الرق والكفر ، فلم يكن متهماً بالطلاق ، فإذا زال المانع لم ترث .

١٧٩١ ـ [فَصْـل: الميراث في طلاق المريض إذا أوجبت المرأة البينونة]

وإذا طلقها الزوج في المرض الذي يكون به فَارّاً ثم أحدثت المرأة فعلاً يوجب البينونة ، ثم مات وهي في العدة كان الميراث لها على حاله إلا أن ترتَدَّ في عدتها ثم تُسلم ، وهذا مثل أن تمكن ابن زوجها أو أباه من نفسها ؛ وذلك لأنها

---

(١) في أ (لا معتبر به).

(٢) في ب (فكذلك) والمثبت من أ.

(٣) في ب (أو) والمثبت من أ.



إن فعلت ذلك فهذه معاني موجبة للتحريم، والتحريم حاصل بالبينونة فلا يسقط حقها، وكذلك إذا انضم إليه تحريم آخر، فأما الردة فإنها تخرجها من أن تكون من أهل الميراث فيبطل حقها بفعلها ولا تعود بعد ذلك وإن عادت إلى الإسلام[(١)].

١٧٩٢ - [فَصْل: الفرقة وقعت في مرض الزوج بسؤال المرأة]

وكل فرقة جاءت من قبل المرأة في مرض الزوج بأمرٍ [١٥٧/أ] أحدثته أو طلاق (يقع)[(٢)] بإخبارها، أو بمشيئتها، أو بسؤالها، فإنها لا ترث وإن مات في العدة؛ وذلك لأن الطلاق إذا وقع بفعلها وهي غير مضطرة، أو [بسؤالها][(٣)]، فقد (رضيت)[(٤)] بإسقاط حقها، وإنما يثبت لها الميراث؛ لأن الزوج متهم، فإذا رضيت فقد زالت التهمة فلا ترث.

١٧٩٣ - [فَصْل: ميراث المرأة إذا كان سبب الفرقة من الزوج المريض]

فإن حلف الزوج في مرضه أو في صحته على فعل المرأة [لما] لا بد لها منه كـ(كلام)[(٥)] أبيها أو أمها، أو صَلَاتها أو صيامها، أو اقتضاء غريمها، ففعلت ذلك وهو مريض، فإنها ترث.

وقال بشر بن الوليد عن أبي يوسف: في رجل قال لامرأته في صحته: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق (ثلاثاً)[(٦)]، فإن كان لها غنىً عن دخولها ولم يكن

---

(١) انظر: الأصل ٤/٥٣٧.

(٢) في أ (تعين).

(٣) في ب (بمسألتها) والمثبت من أ.

(٤) في ب (ذهبت) والمثبت من أ.

(٥) في أ (بالكلام مع أبيها).

(٦) ساقطة من أ.

بها حاجة إلىٰ دخولها ، فإنها لا ترث ، وإن كان بها حاجة إلىٰ دخولها فدخلت في المرض فلها الميراث ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: إن كان الحلف في المرض ففعلت ذلك في المرض فلها الميراث ، وإن كان الحلف في الصحة فإنها لا ترثه.

وجه قولهما: أنه لما حلف أن لا تصلي ولا تصوم ولا تحج حجة الإسلام ، ولا تقتضي غريمها ، ولا تكلم أباها ، فهذه فروض لا بد منها ، واقتضاء الدَّين يلحق الضرر بتركه ، فصارت مضطرة إلىٰ هذا الفعل ، وفعل المكرَه ينتقل إلىٰ المكرِه فيصير كالفاعل له ، [فكأنّ الزوج] (١) فعل سبب الفرقة في المرض فترث ، وليس كذلك ما لها منه بد ؛ لأنها تقدر علىٰ الامتناع منه من غير ضرر ، وإذا فعلته فقد أوقعت الفرقة باختيارها فلم ترث.

وجه قول محمد: أنه إذا حلف في الصحة فقد عقد اليمين في حال لا حق لها في الإرث وأضافها إلىٰ حالة لا يعلم تعلق حقها بالإرث ، فلم يكن متهماً فلا ترث ، (وأما إذا عقد اليمين في المرض فقد عقد في حال تعلق حقها بالإرث ، فكان متهماً فورثت) (٢).

١٧٩٤ - [فَصْل: الميراث إذا أعلن الطلاق بفعل أجنبي]

فأما إذا عَلَّقَ الطلاق بفعل أجنبي أو بفعل الله تعالىٰ ، فإن كانت اليمين في الصحة والفعل في المرض لم ترث ، وإن كانت اليمين في المرض ورثت ، وسواء في ذلك ما للأجنبي منه بد ، [وما] (٣) لا بد [له] منه ، وذلك لأنه لما عَلَّقَ اليمين

(١) في ب (فكان للزوج) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) العبارة في أ (من فعل الأجنبي ما له منه بد ، وما لا بد منه).

بهذا الشرط، فهو لا يقدر على فسخها، وقد عقدها في حال لا حق لها في الإرث، فإذا وُجد الشرط في المرض لم يكن متهماً فلم ترث، وإن كانت اليمين في المرض، فقد عقدها مع تعلق حقها بالإرث فورثت، وإنما استوى في الأجنبي ما له منه بد، وما لا بد منه؛ لأن فعل الأجنبي لا يؤثر في إسقاط الإرث حتى يختلف بالإكراه (من غيره)[1]، فاستوى الأمران فيه، وأما فعل المرأة فله تأثير في إسقاط الإرث، فاختلف (منه)[2] ما كان باختيارها وغير اختيارها.

١٧٩٥ - [فَصْل: تفويض الصحيح الأجنبي بالطلاق وإيقاعه في مرض الزوج]

وقد قالوا فيمن (فَوّض)[3] طلاق امرأته إلى أجنبي في الصحة فطلّقها في المرض، فإن كان التفويض على وجه لا يملك عزله عنه لم ترث، مثل أن يملكه الطلاق؛ وذلك لأنه عقد فلا حق [١٥٧/ب] لها في الإرث، وهو لا يقدر على فسخه بعد مرضه، فصار الإيقاع في المرض كالإيقاع في الصحة؛ لأنه لا تهمة فيه، وإن كان التفويض على وجه يمكنه العزل مثل أن يوكله بالطلاق فطلّق في المرض ورثت؛ لأنه لما أمكنه [العزل] بعد مرضه فلم يعزل، صار كالمبتدئ للتوكيل في المرض بالطلاق، فترث.

١٧٩٦ - [فَصْل: قول الصحيح: أنت طالق رأس الشهر]

وقد قال أصحابنا في الصحيح إذا قال لامرأته: أنت طالق رأس الشهر فجاء رأس الشهر وهو مريض، لم ترث، وقال زفر: ترث.

---

(١) في أ (وغيره).

(٢) في أ (فيه).

(٣) في أ (جعل).



وجه قولهم: أنه عقد الطلاق في حال لا حق لها في الإرث، وأضافها إلىٰ حالة لا يعلم تعلق حقها بالإرث، فلم تلحقه التهمة (فلذلك لا)[1] ترث.

وجه قول زفر: أن المطلق عند الشرط أو في الوقت كالمتكلم بالطلاق في ذلك الوقت حكماً، فكأنّه طلقها عند رأس الشهر.

١٧٩٧ ـ [فَصْل: أثر الميراث إذا وقعت الفرقة في المرض]

قال: وإن وقعت الفرقة في المرض بغير فعل الزوج مثل أن يجامعها (ابنه)[2] مكرهة أو مطاوعة، فإنها لا ترثه؛ وذلك لأن الميراث يثبت لقصد الزوج إلىٰ الفراق، فإذا وقعت الفرقة بفعل غيره، فلم يوجد منه فراق، فلا ترث.

١٧٩٨ ـ [فَصْل: أثر انتهاء مدة الإيلاء أثناء المرض]

وإذا آلىٰ منها في المرض فانقضت مدة الإيلاء (في المرض، فإنها ترثه ما دامت في العدة، فإن كان الإيلاء) في الصحة ومضت المدة في المرض، لم ترث؛ وذلك لأن تقدير المُولِيْ كأنه قال: أنت طالق بمضي أربعة أشهر [إن] لم أجامعك فيها، ومن علق الطلاق في الصحة بمضي مدة فمضت [المدة] في المرض، فإنها لا ترث، وإن عَلَّقه بمضي [مدة][3] في المرض، ورثت.

١٧٩٩ ـ [فَصْل: الميراث في حال القَذْفِ والمُلَاعَنَةِ في المرض]

وإن قذفها في المرض فلاعنها في المرض ورثت في قولهم؛ لأن سبب

(١) في أ (فلا).

(٢) في أ (أبوه).

(٣) في ب (هذه) والمثبت من أ.



الفُرْقَةِ كان في حال لها حق في الإرث وهي مضطرة إلىٰ المطالبة باللعان لتدفع الشَّين عن نفسها، فصار كأن الزوج هو الموقع للفرقة في هذه الحال، وأما إذا كان القذف في الصحة واللعان في المرض، ورثت عند أبي حنيفة [وأبي يوسف، وقال محمد: لا ترث.

لهما: أنها مُضطرة إلىٰ المطالبة باللعان، وهو الذي اضطرها بقذفه، وفعل المُكْرَه نقل إلىٰ المُكْرِه، فكأنه هو الموقع للفرقة في المرض.

ولمحمد:][1] أن سبب الفرقة وجد من جهة الزوج في الصحة، فلا يُعتد بحال الوقوع لعدم التهمة.

١٨٠٠ - [فَصْل: الميراث في حال رِدَّةِ المَرْأَةِ ومَوْتِهَا]

وإذا ارتدت المرأة وهي مريضة، فلزوجها الميراث إن ماتت وهي في العدة استحساناً، والقياس: أن لا يرثها.

وجه القياس: أن الفرقة لم تقع بفعلها؛ لأن الردة لا توجب الفرقة، وإنما تقع الفرقة باختلاف الدِّيْنَيْنِ وذلك من طريق الحكم، والفرقة إذا وقعت بغير فعل المورث لم يثبت الإرث.

وجه الاستحسان: أن الردة سبب في الفرقة، [وسبب الفرقة] إذا حصل في المرض تعلق به الإرث.

قال: وإن ارتَدَّتْ وهي صحيحة وماتت في عدتها، لم يرث الزوج؛ لأن سبب الفرقة حصل في حالة لا حَقَّ له في الإرث، فإذا ارْتَدَّ الزوج وَرِثَتْ [١٥٨/أ]

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، وزيدت من أ.



ما دامت في العدة؛ وذلك لأن ردة الزوج توجب القتل فحالته مخوفة فهو كالمريض، فإذا حصل سبب الفرقة بفعله ورثت.

١٨٠١ـ [فَصْل: الميراث في حال اختيار المرأة نفسها أثناء أجل المريض العِنِّين]

وإذا أجَّل العِنِّين وهو مريض ومضى الأجل وهو مريض، فخيّرت المرأة فاختارت نفسها فلا ميراث لها؛ وذلك لأن الفرقة وقعت باختيارها، وقد كانت تقدر أن تصبر عليه، فلم يتهم الزوج في الفرقة.

١٨٠٢ـ [فَصْل: الميراث إن مات الزوج مريضاً بعد سنتين من الطلاق]

وقد قالوا: (فيمن طلق)[١] زوجته في مرضه ودام به المرض أكثر من سنتين، فإن جاءت بولد بعد موته بشهر، فلا ميراث لها عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لها الميراث.

وجه قولهما: أن الولد لا بد أن يكون بوطء حادث بعد الطلاق، فلا يخلو: إما أن يكون الزوج وطئها، أو غيره، فلا يجوز أن يكون الزوج وطئها؛ لأن وطئها محرم، فبقي أن يكون الواطئ غيره، فلا يخلو: إما أن يكون وطأها بنكاح، أو بشبهة، ولا يجوز أن يحمل على الشبهة؛ لأنه وطءٌ محرم، فلم يبق إلا حمل أمرها على أن عدتها [قد] انقضت، فتزوجت فلا ترث، ولهذا قال أبو حنيفة [ومحمد][٢]: أنها ترد نفقة ستة أشهر.

وأما أبو يوسف فقال: إنه يجوز أن تكون وُطِئت بشبهة، فلا يحكم بانقضاء

(١) في أ (في الرجل يطلق).

(٢) في ب (أبو حنيفة) فقط، وفي أ زيادة (وأبي يوسف) والمثبت يدل عليه السياق.



العدة إلا بوضع الحمل فترث؛ ولهذا قال: إنها لا ترد النفقة.

١٨٠٣ـ [فَصل: فيمن قال في الصحة لزوجتيه إحداكما طالق اثنتين]

وقد قالوا: فيمن قال في صحته لأَمَتين تحته: إحداكما طالق اثنتين، فأعتقا (ثم)[1] اختار أن يوقع على إحداهما في مرضه فلا ميراث للمطلقة، ولا يملك الزوج الرجعة؛ وذلك لأنه أوقع الطلاق ولا حق لواحدة منهما في الإرث، فلم يكن متهماً فلم يثبت لها الميراث بالبيان، ولا تثبت الرجعة؛ لأن الطلاق وقع في حال الرق، (ولأنه إذا طلق)[2] اثنتين فلا رجعة عليها، وهذا ظاهر على قول محمد؛ لأن عنده أن الطلاق وقع بالإيقاع، وإنما يبيّن الزوج من وقع عليها الطلاق، فأما على قول أبي يوسف: فالزوج يوقع عند البيان وهي حرة، فكان ينبغي أن تثبت الرجعة.

١٨٠٤ـ [فَصل: فيمن قال في الصحة لزوجتيه ـ إحداهما أمة ـ: إحداكما طالق اثنتين]

فإن كانت إحداهما حرة فأعتق المولى الأمة ثم بيّن الزوج، فالطلاق رجعي، وللمطلقة الميراث في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد، ثم رجع أبو يوسف فقال: إذا اختار أن يوقع على التي كانت أمة، فإنها لا تحل له إلا بعد زوج ولها الميراث.

(وذكر في الزيادات هذه المسألة وقال في جوابها: لا تحل له إلا بعد زوج

(١) في أ (أو).
(٢) في أ (والأمة إذا طلقت).

ولها الميراث)[1]، ولم يذكر خلافاً، والأول رواية ابن سماعة.

أما وجه قول أبي يوسف الأول، وهو صحيح على أصله في الطلاق المجهول أنه يقال [له]: أوقع، فإذا أوقع على حرة تطليقتين ورثت وتثبت الرجعة، وأما محمد فمن أصله أنه يقال له: بَيِّنْ!، فكان ينبغي أن لا تثبت الرجعة ولا الميراث إلا أنه [كان] يقول: إن الزوج متهم في بيانه؛ لجواز أن يكون أوقعها على الأخرى ثم عدل إلى هذه، فإذا اتهم في البيان ورثت، فأما الرجعة [١٥٨/ب] فلأنه لما جعله كالموقع في باب التهمة، صار كأنه طلق في هذه الحال.

وجه قول أبي يوسف الآخر: أنه كالموقع عنده في هذه الحال، فيثبت الميراث ولا تثبت الرجعة؛ لأنه متهم في ثبوتها لجواز أن يكون طلق الأخرى ثم عدل عنها عند البيان.

١٨٠٥ - [فَصل: الميراث عند فوات شرط البر]

وقد قالوا في الزوج إذا قال: إن لم [أفعل][2] كذا فأنت طالق ثلاثاً، ولم [يفعله][3] حتى مات، ورثت إن كان دخل بها؛ وذلك لأن الطلاق يقع عليها عند فوات شرط البِرِّ، وذلك يكون في آخر جزء من أجزاء حياته وهو مريض في تلك الحال، فإذا كانت مدخولاً [بها] وقد مات فهي في العدة، فترث، (ولو ماتت هي لا يرث منها؛ لأنه أسقط حقه بالطلاق، ولو قال: إن لم أفعل كذا فأنت طالق)[4]، فإن ماتت هي ورثها؛ لأن الفرقة لم تقع بينهما، ألا ترى أن بموتها لا يفوت شرط

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) في ب (تفعلي) والمثبت من أ.
(٣) في ب (يفصل) والمثبت من أ.
(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.




البر لجواز أن يفعل الزوج [ما حلف عليه](1) بعد موتها ، فإذا لم يفت شرط البر ، لم يقع الطلاق ، فورث منها(2).

(1) في ب (ما حلّ من عليه) والمثبت من أ.

(2) انظر: الأصل ٤/٥٢٨، وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٥/٨٥ وما بعدها؛ التجريد ١٠/٤٩٤٦.

بَابُ
فُرْقَةِ العِنِّيْن

قال أصحابنا: إذا وجدت المرأة زوجها عِنِّيْناً[1] فلها الخيار، وقال قوم: لا خيار لها، والدليل على ما قلناه: ما روى سعيد بن المسيب (أن عمر بن الخطاب: قضى في العنين أنه يؤجل سنة، فإن قدر عليها وإلا أخذت منه الصداق كاملاً، وفرق بينهما وعليها العدة)[2].

وعن ابن مسعود مثله، وروى الضحاك عن علي قال: يؤجل سنة، فإن وصل إليها وإلا فُرق بينهما؛ ولأنه إذا لم يطأها لم يستقر مهرها؛ لجواز أن يختصما إلى قاضٍ لا يرى استقرار المهر بالخلوة فيطلقها ويعطيها نصف المهر، والمهر بدل في العقد، فإذا لم يستقر فذلك عيب فيه فيثبت الخيار، وأما الذي رُوي في قصة عبد الرحمن بن الزبير فإن المرأة لم تَدّعِ العِنَّة، وإنما ذكرت معنى آخر؛ فلذلك لم يثبت لها النبي ﷺ الخيار، والذي رُوي أن امرأة رفعت زوجها إلى عَلِيّ وشكت إليه عجزه، فقال علي: ولا وقت السحر، فقالت: لا، فقال: هلكت وأهلكت ما أنا بمفرق بينكما)[3]، وقد روينا عن علي خلاف ذلك، وقد

---

(١) العِنِّيْن: هو الذي لا يقدر على إتيان النساء، أو لا يشتهي النساء، وزاد بعضهم: «المرض أو كِبر سنٍّ، أو يصل إلى الثَّيِّب دون البكر». كما في التعريفات. انظر: المغرب؛ المصباح (عنن).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٢٦/٧؛ والدارقطني في السنن، ٣٠٥/٣؛ وابن أبي شيبة في المصنف، ٥٠٤/٣؛ انظر الدراية، ٧٧/٢؛ نصب الراية ٢٤٥/٣.

(٣) أخرج عبد الرزاق في المصنف ٢٥٤/٦، وابن أبي شيبة في المصنف ٥٠٣/٣. انظر: نصب الراية ٢٥٤/٣.

روي أن هذه المرأة قالت له: إنه لم يكن منه إلا مرة واحدة(١).

ومن أصلنا: أنه إذا وطئها مرة واحدة فلا خيار لها(٢).

فإذا ثبت هذا قال أصحابنا: إذا رفعت المرأة زوجها وادعت أنه عنين، فإن القاضي يسأله هل وصل إليها أو لم يصل؛ لأنها ادعت عليه سبب العجز فوجب أن يعلم جواب الدعوىٰ منه؛ لجواز أن يصدقها، فإن قال: قد وطئتها، يسألها القاضي بكر أنت أم ثيب؟ فإن قالت: ثيب، فالقول قول الزوج؛ لأن الظاهر أن من خلا بالثيب يطأها ومن شهد له الظاهر فالقول قوله، فإن قالت: إني بِكْر، نظر إليها النساء وامرأة واحدة تجزئ؛ وذلك لأن البكارة معنىً لا يجوز للرجال الاطلاع عليه، فتقبل فيه شهادة [١٥٩/أ] النساء كالولادة، وتجزئ فيه شهادة الواحدة؛ لأن ما يقبل فيه قول النساء منفردات يقتصر فيه علىٰ الواحدة كأخبار رسول الله ﷺ، والاثنتان أوثق؛ وذلك لأن الظن عند خبرهما أقوىٰ من الظن عند خبر الواحدة، فإن قلن إنها ثيب، فالقول قول الزوج لما بينا، وإن قلن إنها بكر، فالقول قولها؛ لأنه لو وصل إليها لزالت البكارة، فإذا ثبت أنه لم يصل إليها إما بإقراره أو بظهور البكارة أَجّلَه القاضي حَوْلاً(٣).

وروي عن عبد الله بن نوفل أنه قال: عشرة أشهر(٤)، وقد اختلف في كونه صحابياً أو تابعياً(٥)، والدليل علىٰ ما قلناه ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود:

---

(١) انظر: كتاب الآثار للشيباني، ص ٨٥.

(٢) انظر: البدائع، ٢/٣٢٥ (دار الفكر).

(٣) انظر: الأصل ١٠/٢٥٣، ٢٥٤

(٤) انظر الروايات الواردة في ذلك، مصنف ابن أبي شيبة، ٣/٥٠٣.

(٥) ذكره ابن حجر في الإصابة، ٦/٤٠٤، (٥٠٢٥) مات (سنة أربع وثمانين) ولم يذكر في صحبته خلافاً كما ذكر عن غيره ممن اختلف في صحبته.

أن العنين يؤجل سنة ولأن تعذر الوطء يجوز أن يكون له عوارض تزول باختلاف الفصول، وإنما تستكمل الفصول في سنة فلذلك اعتبرت، وهذا المعنىٰ لا يوجد فيما دونها، وقد قال أصحابنا: إنه يؤجل سنة شمسية ؛ لأن الفصول تكتمل فيها، فيجوز أن يزول [الداء] الذي به في قدر ما بين القمرية والشمسية، وأول السنة حين يترافعان، ولا يحتسب علىٰ الزوج ما قبل ذلك ؛ لما روي أن عمر كتب إلىٰ شُرَيْح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرتفع إليه، ولأن امتناعه من الوطء قبل التأجيل يجوز أن يكون للعجز، ويجوز أن يكون لكراهتها، فإذا أجل خشي العار فوطئها ؛ [فلذلك][1] لا يحتسب بما قبل التأجيل، فإذا ارتفعا إليه بعد الحول وادَّعَتْ أنه لم يصل، سأله القاضي عن ذلك، فإن قال: قد وطئتها وهي ثيب فالقول قوله، فإن كانت بكراً نظر إليها النساء، فإن قلن إنها بكر فالقول قولها، وإن قلن إنها ثيب فالقول قول الزوج، فإذا ثبت أنه لم يطأها إما باعترافه أو بظهور البكارة، فإن القاضي يخيّرها ؛ لأن العيب قد استقر فهي بالخيار: بين الرضا بالبدل المعيب، وبين الفسخ.

قال: فإن اختارت المقام معه بطل حقها، ولم يكن لها خصومة أبداً في هذا النكاح ؛ لأنها رضيت بالعقد مع العيب فسقط خيارها كالمشتري[2]، وإن اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما ؛ لأن هذه الفرقة يختص سببها بالحاكم فوقف وقوعها عليه، وتكون تطليقة ؛ لأنها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج طارئ علىٰ النكاح يختص به، وإنما يقوم القاضي مقامه في ذلك، وتكون بائنة ؛ لأن القاضي يفرق ليخلصها من زوج لا يستقر مهرها معه، فإذا جعلنا الفرقة رجعية راجعها

---

(١) في ب (فكذلك).

(٢) وفي الجامع الصغير: «فإن اختارت المقام، لم يكن لها بعد ذلك خيار». ص٣٤٢ (مع شرح الصدر).

فاحتاج القاضي إلىٰ التفريق ثانيًا وهذا لا يصح، ولها المهر كاملاً؛ لأن الخلوة قد وجدت والمهر يستقر بها عندنا، وعليها العدة لأنه وجب [لهما] كمال المهر، كالمدخول بها.

١٨٠٦ ـ [فَصل: الوطء الواحد يستقر به المهر]

فإن كان وصل [1]إليها مرة واحدة [١٥٩/ب] فهي زوجته ولا حق لها عليه بعد ذلك؛ لأن الخيار يثبت لعدم استقرار المهر، والوطء الواحد يستقر به المهر، فلا يعتبر ما زاد عليه.

١٨٠٧ ـ [فَصل: خيار المرأة تحت العنين]

قال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف: إذا خَيَّرها الحاكم فأقامت معه، أو قامت من مجلسها قبل أن تختار، أو قام الحاكم، أو أقامها عن مجلسها بعض أعوان القاضي ولم تقل شيئاً، فلا خيار لها؛ وذلك لأن تخيير القاضي قائم مقام تخيير الزوج، ومعلوم أن المُخَيّرة يبطل خيارها بقيامها، فكذلك هذه، وأما إذا أقيمت فقد كانت تقدر علىٰ الاختيار قبل أن تقام فلما أمسكت دل علىٰ الرضا.

١٨٠٨ ـ [فَصل: إقامة المرأة مع العنين بعد مضي الأجل]

ولو أقامت معه بعد مضي الأجل مطاوعة له في المضاجعة وغير ذلك، لم يكن هذا رضا؛ وذلك لأنها قد تقيم معه بعد المدة اختباراً لحاله، فلا يدل ذلك علىٰ الرضا، فإن قالت: قد رضيت، بطل خيارها لأن هذا إسقاط للخيار من طريق القول، والخيار ثبت لحقها فيسقط بإسقاطها.

---

(١) في أ (دخل).

١٨٠٩ - [فَصْل: احتساب الأيام المانعة من السنة المقدرة]

وقال أصحابنا: إذا أُجّل العنين سنة، فأيام الحيض وشهر رمضان محتسبة عليه، ولا يجعل له مكانها؛ وذلك لأن عمر أجل العنين سنة، وقد علم أن السنة لا تخلو من شهر رمضان ومن زمان الحيض، فلو لم يعتد بذلك لأجله أكثر من سنة.

وقال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف: إذا مرض في المدة مرضاً لا يستطيع معه الجماع أو مرضت هي، فإن كان المرض أقل من نصف شهر احتسب به عليه، وإن كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه بهذه الأيام وكذلك الغَيْبَة.

وروى ابن سماعة عنه رواية أخرى فقال: إذا صَحَّ في السنة يوماً أو يومين، أو صَحَّت هي احتسبت عليه بالسنة، وإن مرض السنة كلها استأنف سنة أخرى.

وجه الرواية الأولى وهي الصحيحة: أنه قد ثبت أن شهر رمضان يحتسب عليه وهو يقدر على الوطء في ليله دون نهاره، فثبت أن المانع إذا كان نصف شهر اعتد به [عليه]، وكل مانع بلغ هذا القدر فهو مقيس عليه، وما زاد على ذلك عوض عنه؛ لأنه في حكم الكثير.

وجه الرواية الأخرى: أنه قد صَحَّ زماناً يمكن الوطء فيه فإذا لم يطأها صار كأنه صَحَّ جميع السنة، وليس كذلك إذا مرض جميع السنة؛ لأنه لم يصح في زمان يمكن الوطء فيه، فلم يعتد بالسنة في حقه.

وروى ابن سماعة عن محمد: إذا مرض شهراً أُجِّل مكانه؛ وذلك لأن الشهر في حكم الكثير، وما دونه في حكم القليل، فصار كأيام الحيض.

وقال أبو يوسف: إن حَجَّتْ حجَّة الإسلام لم يحتسب على الزوج مدة

الحج ؛ لأنه لا يقدر علىٰ منعها فلم يتمكن من الوطء فيها ، وإن حج هو احتسب عليه ؛ لأنه يقدر علىٰ إخراجها معه أو تأخير [١٦٠/أ] الحج .

وقال محمد: إن خاصمته وهو مُحْرِم أجل سنة بعد الإحلال ؛ وذلك لأنه لا يتمكن من الوطء مع الإحْرَام ، فوجب أن يبتدئ مدته من وقت يمكنه الوطء فيه ، فإن خاصمته وهو مظاهر فإن كان يقدر علىٰ العتق أجله سنة من حين الخصومة ؛ لأنه يقدر علىٰ تقديم العتق والوطء ، وإن كان لا يقدر علىٰ ذلك أجّله أربعة عشر شهراً ؛ لأنه يحتاج إلىٰ الصوم في شهرين ثم يمكنه الوطء بعدها .

قال: فإن أجله سنة وليس بمظاهر ثم ظاهر في السنة ، لم يزده علىٰ المدة شيئاً ؛ وذلك لأنه كان يقدر علىٰ ترك الظِّهَار ، فلما ظاهر فقد أدخل نفسه في ذلك ، فلم يجز إسقاط حق المرأة باختياره .

١٨١٠ـ [فَصْل: في تأثير وصول العِنِّيْنِ إلىٰ غير زَوْجَتِه]

قال: وإذا أُجِّلَ العنين فوصل إلىٰ غير امرأته التي أجل لها ، أو كان يصل إلىٰ غيرها قبل أن ترافعه ، أجَّلَه القاضي ، ولا يبطل الأجل بوصوله إلىٰ غيرها ؛ لأن التأجيل إنما يثبت ليطأها فيستقر مهرها ، ووطء غيرها لا يستقر به مهرها ، فلا معنىٰ لاعتباره .

١٨١١ـ [فَصْل: مرافعة المرأة زوجها المجبوب]

فإن رافعت زوجها وهو مجبوب[1] ، خَيَّرها القاضي في الحال ولم يؤجله

(١) «الجَبُّ: القطع ، ومنه المجبوب: الخَصِي الذي استؤصل ذكره وخصياه» ، «ومنه جببتُهُ فهو مجبوب: بيّن الجِباب ـ بالكسر ـ إذا استؤصلت مذاكيره» . المغرب ؛ المصباح (جبب) .

لأن العلم بعجزه عن الوطء في الحال أكثر من العلم بعجز العنين (بعد)[1] الحول، فإذا كان التفريق واجباً [هناك] بعد الحَوْل؛ فلأن يجب هاهنا في الحال أولىٰ، وإن كان خصياً أجل؛ لأنه يرجىٰ منه الوطء، فهو كالعنين.

١٨١٢ - [فَصْل: الخيار لمن علمت أن الزوج عنين]

وإذا تزوجت المرأة وهي تعلم أنه عنين فلا خيار لها؛ لأنها عقدت مع العلم بالعيب، فإن تزوجت وهي لا تعلم فوصل إليها مرة ثم عنَّ ففارقته، ثم تزوجته بعد ذلك، فلم يصل إليها فلها الخيار؛ وذلك لأن العجز لم يتحقق فلم تكن راضية بالعيب، والدخول في أحد العقدين لا يؤثر في أحكام العقد الآخر، فثبت لها الخيار.

قال: فإن أجله القاضي فلم يصل [إليها] ففرق بينهما، ثم تزوجها، فلا خيار لها؛ لأنها تزوجت بعد استقرار العيب والعلم به.

١٨١٣ - [فَصْل: أثر اتفاق عيوب الزوجين في الأجل]

وإذا كانت المرأة رتقاء[2] وكان زوجها عنيناً لم يؤجله الحاكم؛ وذلك لأن المرأة لا حق لها في الوطء؛ لأن المانع من الوطء موجود فيها فلا معنىٰ لتخييرها.

١٨١٤ - [فَصْل: وجود العيوب في الزوجين]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن العيوب الموجودة بالزوج لا توجب الخيار

---

(١) في أ (بمضي).

(٢) الرَّتْق: ضد الفتق، يقال: «امرأة رتقاء: بَيِّنَة الرَّتق، إذا لم يكن لها خَرْق إلّا المَبال». المغرب (رتق).

إلا الجَبَّ والعِنَّة، وقال محمد: والجنون والجذام وكل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر [يثبت الخيار].

وقال الشافعي: يفسخ النكاح بخمسة عيوب في الزوج: الجَبّ، والعِنَّة، والجُنون، والجُذام، والبْرَص، وبخمسة عيوب في المرأة: الجنون، والجذام، والبرص، والرتق، والقرن[1].

لنا: أنه عيب بالمرأة فلا يثبت الخيار به كالعمى وسائر الأمراض، ولأن كل عقد يفسخ بالعيوب الخمسة، يفسخ بما زاد عليها كالبيع، وما لا يفسخ بغيرها لا يفسخ بها كالعفو عن دم العمد. [١٦٠/ب]

وأما وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: فلأنها عيوب بالزوج فلا يثبت [لها] الخيار بوجودها كسائر العيوب، ولا يلزم الجب والعنة؛ لأن الخيار يثبت فيها لنقصان المهر لا لعيب الزوج.

وجه قول محمد: أن المرأة يلحقها ضرر بالمقام مع المجنون أكثر مما يلحقها بالمقام مع العنين، فإذا ثبت لها الخيار في العنة فهاهنا أولى.

١٨١٥ - [فَصْل: حمل المرأة بعد الفرقة بالعنة]

وإذا فَرَّق الحاكم بالعِنَّةِ فاعتدت المرأة، ثم جاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه الولد، فإن قال: كنت قد وصلت إليها، فإن أبا يوسف قال: يبطل الحاكم الفرقة؛ وذلك لأن شهادة ثبوت النسب على الدخول [آكد][2] من شهادة

(١) انظر: المبسوط، ٥/١٠٤؛ المهذب، ٤/١٦٥ (المحقق).

(٢) في ب (أكثر) والمثبت من أ.



شاهدين، ولو فرق بينهما فشهد شاهدان بالدخول أبطل الفرقة، كذلك هذا.

قال: ولو فرق بينها وبين المجبوب فجاءت بولد، ثبت نسبه ولم تبطل الفرقة؛ لأن ثبوت النسب في المجبوب لا يدل على الدخول، وإنما [يقذف][1] المجبوب بالماء، فإذا لم يثبت الدخول لم تبطل الفرقة.

١٨١٦ - [فَصْل: ثبوت إبطال حكم الفرقة]

فإن فرق بالعنة فأقام البينة على إقرار المرأة قبل الفرقة أنه قد وصل إليها، أبطل الفرقة؛ لأن الشهادة على إقرارها كإقرارها عند الحاكم، ولو كانت أقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة، فكذلك إذا شهدوا عليها، فإن أقرت بعد الفرقة أنه كان وصل إليها، لم تبطل الفرقة؛ لأنها غير مصدقة على إبطال حكم الحاكم.

١٨١٧ - [فَصْل: التمديد في أجل العنين]

وإذا مضى أجل العنين، فسأل القاضي أن يؤجله سنة أخرى، لم يفعل إلا برضا المرأة؛ لأن العيب قد استقر وثبت حق التفريق، وفي التأجيل إسقاط حقها، فوقف على اختيارها.

١٨١٨ - [فَصْل: فرقة العنين طلاق]

وإذا كان الزوج صغيراً لا يجامع، ولم تعلم المرأة ثم طالبت، لم يؤجل؛ وذلك لأن فرقة العنين طلاق، والصبي لا يملك الطلاق، ولأن له زماناً يرجى فيه الوطء في العادة، فلم يتقرر العجز قبله، وقد قالوا في المجنون يزوجه أبوه فلا يصل إليها: إنه لا يؤجل؛ لأن فرقة العنين طلاق والمجنون لا طلاق له.

---

(١) في ب (يحذف) والمثبت من أ.



١٨١٩ ـ [فَصْل: الخيار في كون زوج الأمة عنيناً]

وإذا كان زوج الأمة عِنِّيناً، فالخيار في ذلك إلىٰ المولىٰ عند أبي يوسف، وقال زفر: الخيار إلىٰ الأمة، وذكر أبو الحسن في الجامع: أن الحسن روىٰ عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف.

والوجه في ذلك: أن الخيار إنما يثبت للعيب الذي بالبدل، والبدل حق للمولىٰ، فوجب أن يرجع إلىٰ اختياره في ذلك[1].

وجه قول زفر: أن الخيار يثبت لفقد الاستمتاع وذلك حق الأمة، فكان الخيار إليها كالحرة.

١٨٢٠ ـ [فَصْل: القَسْم بين النساء]

قال الشيخ رحمه الله: وذكر محمد في كتاب النكاح: أن امرأة رفعت زوجها إلىٰ عمر، وذكرت أنه يصوم النهار ويقوم الليل، فقال عمر لكعب ابن سور: أحكم بينهما، فقال: أراها إحدىٰ نسائه الأربعة، يفطر لها [١٦١/أ] يوماً ويصوم ثلاثة أيام، فولاه عمر قضاء البصرة[2]، ولم يذكر محمد أنه [كان] يأخذ بهذا، وكان أبو بكر الرازي يقول: ليس هذا مذهبنا؛ لأن المزاحمة في القسم إنما تحصل لمشاركة الزوجات، فإذا لم يكن له زوجة غيرها لم يقسم لها، قال: وإنما يقال له لا تداوم الصوم ووَفِّ المرأة حقها.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة قال: فإذا تشاغل الرجل عن زوجته بالصيام

---

(١) في آخر عبارة (أن الخيار إنما يثبت) وهدف الزيادة لا معنىٰ لها، كما أنها ساقطة من أ.

(٢) رواه ابن الجوزي في المنتظم ١١٥/٥؛ وابن حجر في الإصابة في تمييز الصحابة ٦٤٦/٥.

والصلاة، أو بأمة اشتراها، قسم لامرأته من [كل] أربعة أيام يوماً، ومن كل أربع ليالٍ ليلة، وقيل له: تشاغل ثلاثة أيام وثلاثة ليالٍ بالصوم والأمة.

وهذا يدل على ما حكاه محمد [من] مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ووجهه:

أن الرجل له حق في إسقاط حقها عن ثلاثة أيام، والاقتصار بها على يوم واحد، فكان بالخيار: إن شاء صرف ذلك إلى الزوجات، وإن شاء صرفه إلى الصوم [1].



(١) انظر: الأصل ٢٥٣/١٠ وما بعدها.

[٤٦] بَابُ اللِّعَان



قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً﴾ [النور: ٤] فكان موجب القذف في الأجنبيات والزوجات الحَدّ، ثم نقل في الزوجات، فجعل مُوجب قذفهن اللعان[١]، وبقي مَنْ سواهن علىٰ الأصل، فموجب قذف الأجنبي الحد، وموجب قذف الزوجة اللعان، وقال الشافعي: موجب قذف الزوجة الحد، وإنما يُسْقِط الزوج عن نفسه باللعان[٢].

والدليل علىٰ أن موجب القذف في الأصل كان الحد: ما روي عن ابن مسعود قال: كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة، فجاء رجل من الأنصار فقال: يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلاً فإن قتله قتلتموه، وإن تكلم به جلدتموه، وإن أمسك أمسك على غيظ، ثم جعل يقول: «**اللهم افتح**»، فنزلت آية اللعان[٣].

وهذا يدل علىٰ أن موجب قذف الزوجة كان الحد، ولهذا قال النبي ﷺ لهلال بن أمية: «**ائتيني بأربعة يشهدون وإلا فحد في ظهرك**»[٤]، وروي أن هلال

---

(١) اللعان لغة: من اللعن، وهو الطرد والإبعاد، وهو مصدر من لاعن يُلاعن ملاعنة ولِعَانًا.
وشرعًا: «شهادات مؤكدات بالأعيان مقرونة باللعن من جهة، وبالغضب من أخرىٰ، قائمة مقام حدّ القذف في حقه، ومقام حدّ الزنا في حقها». اللباب ٢/٨٩.

(٢) انظر: مختصر المزني ص٢١٠؛ المنهاج ص٤٤٠؛ رحمة الأمة ص١٩٦.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٨/٣٣٧؛ وابن أبي شيبة في المصنف، ٥/٤٤٩؛ وحديث سعد بن عبادة المشهور أخرجه مسلم (١٤٩٨)، انظر: تفسير ابن عطية.

(٤) أخرجه أبو داود، (٢٢٥٤)؛ والترمذي، (٣١٧٩)؛ والنسائي (في المجتبىٰ)، (٣٤٦٩)، وغيرهم.

بن أمية لما قذف زوجته قال أصحاب النبي ﷺ: الآن يجلد هلال بن أمية وتبطل شهادته في المسلمين ؛ وهذا يدل على أن موجب القذف كان الحد ، ثم نسخ ذلك في الزوجات بآية اللعان ، والدليل على أن موجب قذف الزوج اللعان قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦] وظاهر هذا يقتضي أنه بيان جميع الحكم المتعلق بقذف الزوج ؛ ولأن قذفه لو أوجب الحد لم يملك إسقاطه عن نفسه بشهادته كقاذف الأجنبي[١] .

١٨٢١ ـ [فَصْل: ممن يجب عليهم اللعان]

واللعان لا يجب عندنا إلا إذا كان الزوج من أهل الشهادة على المسلمين ، وكانت الزوجة ممن يحد قاذفها ولم تكن محدودة في قذف ، وقال الشافعي: كل زوج صَحَّ طلاقه صَحَّ لِعانه[٢] ، والدليل على صحة ما قلناه [١٦١/ب] ما روي أنه ﷺ قال: «**أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم: لا لعان بين المسلم والكافرة ، والعبد والحرة ، والحر والأمة ، والكافر والمسلمة**»[٣] ؛ ولأنه لفظ شهادة يختص بحضرة الحاكم فلم يصح من العبد كالشهادة بالحقوق ، ولأن الأمة والكافرة لا يحد قاذفها ، فلا يثبت اللعان بينهما وبين أزواجهما كالصغيرة ، ولأن اللعان يوجب قذف الزوج كما أن الحد موجب قذف الأجنبية ، فإذا لم يجب على قاذف الأمة والكافرة الحد لم يجب اللعان ؛ ولهذا المعنى قال أصحابنا: إن الأخرس إذا قذف زوجته فلا لعان بينهما ، خلاف ما قال الشافعي ، والدليل عليه أنه يأتي

---

(١) انظر: الأصل ، ٤٢/٥ وما بعدها.

(٢) الأم ص ١١١٤. (الأفكار).

(٣) أورده ابن حجر في الدراية ، وعزاه لابن ماجه والدارقطني مرفوعًا وموقوفًا ، ورجح الدارقطني الموقوف ، ٧٦/٢.

بمعنى القذف، فصار كالقاذف بالكناية؛ ولأنه لا يأتي بلفظ الشهادة فصار كالناطق إذا قال: أحلف أني من الصادقين، وقد ألزم أصحاب الشافعي هذا وقالوا: إن اللعان لا يقف على لفظ الشهادة، وهذا خلاف نص القرآن[1].

١٨٢٢ - [فَصْل: شروط اللعان]

قال أبو الحسن: واللعان عند أصحابنا جميعاً لا يكون إلا بين الزوجين الحرين البالغين العاقلين غير المحدودين في قذف.

أما اعتبار الزوجية: فلأن الله تعالى خَصَّ اللعان بالأزواج، وجعل موجب قذف غير الأزواج الحَدَّ، ولهذا قال أصحابنا: إن من تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ثم قذفها فلا يلاعنها، وقال الشافعي: يلاعنها إذا كان القذف بولد[2].

لنا: أنه قذف لم يصادف الفراش أو لم يصادف الزوجية كقذف الأجنبي؛ ولأن الموطوءة بنكاح فاسد لا يجب على قاذفها الحد، فلا يجب عليه اللعان كقاذف الصغيرة.

وأما اعتبار الحرية [فللخبر][3]: ولأن العبد والأمة ليسا من أهل الشهادة، وقد بينا أن اللعان يختص بمن كان من أهل الشهادة، ولأن الأمة لو قذفها أجنبي لم يحد، فكذلك إذا قذفها زوجها لم يلاعن.

وأما اعتبار البلوغ: فلأن الصبي لا يَصِحُّ قذفه، ألا ترى أن القذف قول، وأقوال الصبي لا يتعلق بها حكم، وكذلك الصغيرة لا يكون منها الزنا، فبقذفها

---

(١) انظر: الأصل، ٥/٤٩، ٥٠.

(٢) انظر: المنهاج ص٤٤٢.

(٣) في ب (للحر) والمثبت من أ، والخبر (أربعة لا لعان بينهم) السابق في المسألة (١٦٨٦).



لا يلحق بها شَينٌ، وأما العاقلان: فلأن الزوج المجنون لا يصح قذفه؛ لأن أقواله لا يتعلق بها حكم، وأما المجنونة فلا يكون منها الزنا، فهي كالصغيرة.

وأما اعتبار نفي حد القذف: فلأن الزوج المحدود ليس من أهل الشهادة فلا يلاعن، وكذلك الزوجة المحدودة ليست من أهل الشهادة، واللعان عندنا شهادة.

وقد ترك أبو الحسن شرط الإسلام، وهو [عندنا] شرط في اللعان، وقال الشافعي: ليس بشرط[1].

والدليل عليه: أن المرأة الكافرة لا يجب بقذفها الحد، فلا يجب بقذفها لعان كالصغيرة، فأما الزوج الكافر إذا قذف الزوجة المسلمة فلا لعان عليه؛ لأنه ليس من أهل الشهادة على المسلمين، وإنما يتصور ذلك في الكافر إذا أسلمت امرأته فلم يعرض عليه الإسلام حتى قذفها، فيحد عندنا[2].

١٨٢٣ـ [فَصل: بطلان اللعان بين الزوجين]

قال أبو الحسن: ويبطل اللعان بين الزوجين من أحد وجهين:

أحدهما: أن تكون المرأة ممن لا حَدَّ على قاذفها [١٦٢/أ] لو كان أجنبياً، وهذا صحيح؛ لأن اللعان موجب (القذف في الزوج)، كما أن الحد موجب (القذف في الأجنبي)[3]، فأحدهما معتبر بالآخر.

قال: أو يكون الزوج ممَّن لا حَد عليه لو قذف أجنبياً، وهذا يعني به الصغير

---

(١) انظر: الأم، ص١١١٤ (الأفكار الدولية)؛ المنهاج ص٤٤٣.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص٣٩٥.

(٣) في أ (قذف الزوج) (قذف الأجنبي).

والمجنون وقد بيناه، قال: وإذا أسقط من هذا الوجه فلا حَد ولا لعان؛ وذلك لأن قذف المجنون والصبي ليس بقذف صحيح، فلا يثبت له موجب.

وقد قال أصحابنا: إن اللعان إذا سقط بمعنىً من جهة الزوج، وجب عليه الحَد كما لو أكذب نفسه، وهذا إذا كان القذف [قذفًا] صحيحاً، وإن سقط اللعان بمعنىً من جهة المرأة، لم يجب على الزوج حدّ ولا لعان مثل أن تصدقه، وإن سقط بمعنىً من طريق الحكم لم يجب حدّ ولا لعان مثل أن يطلقها ثلاثاً، وقد ذكر أبو الحسن تفسير ما بيناه من الجمل، وإذا اعتبرت ما ذكرناه جري عليها، فإذا كانت المرأة حرة عفيفة والزوج كافراً أو عبداً أو محدوداً في قذف فعليه الحد؛ لأن قذفه قذف صحيح، وقد سقط اللعان بمعنىً من جهته: وهو أنه على صفة لا يصحُّ منه اللعان، ومتى كان الزوجُ ممن لا يصح قذفه مثل الصبي والمجنون، والزوجةُ ممن [لا] يجب الحدّ على قاذفها، فلا حدّ ولا لعان؛ لأن قذفه لم يصح، والحكم إنما يتعلق بعد صحة القذف، وإن كان الزوج حراً مسلماً عاقلاً غير محدود في قذف، والزوجة كافرة، أو أمة، أو صغيرة، أو مجنونة، أو زانية، فلا حد على الزوج ولا لعان؛ لأن قذفها ليس بقذف صحيح، ألا ترى أن أجنبياً لو قذفها لم يحدّ، وأما إذا كانت حرة مسلمة عفيفة إلا أنها محدودة في قذف، فلا حدّ ولا لعان؛ وذلك لأن القذف قذف صحيح وإنما سقط اللعان بمعنىً من جهتها، وهو أنها ليست من أهل الشهادة، فلا يجب اللعان ولا الحدّ كما لو صدقته، وأما إذا كان كل واحد من الزوجين محدوداً في قذف، فقذفها فعليه الحدّ؛ وذلك لأن اللعان سقط لمعنىً في الزوج، ولا يقال إنه سقط لمعنىً في المرأة، ألا ترى أن الزوج لو كان غير محدود لم يلاعن؛ لأن القذف الصحيح إنما يؤثر في حكمه صفات المرأة إذا كان الزوج من أهل اللعان، فإذا لم يكن




فالمانع ما وُجِد فيه، وإن حصل فيها ما يمنع اللعان.

قال الشيخ: وقد قالوا في المرأة إذا وطئت بشبهة، ثم قذفها قاذف لم يجب عليه الحدّ، وإن قذفها زوجها لم يجب عليه لعان، وروي عن أبي يوسف أنه رجع فقال: يجب بقذفها الحدّ واللعان.

وجه قولهما: أنها تشبه الزانية؛ لأنها وطئت في غير ملك، فصار ذلك شبهة في سقوط الحد عن قاذفها؛ لأن الوطء في غير ملك يوجب الحد عليها، وإنما أسقطناه للشبهة، وما كان شبهة في إسقاط الحد عن واحد لم يكن سبباً في إيجاب الحدّ على غيره.

وجه قول أبي يوسف: أنه وطءٌ يتعلق به ثبوت النسب والمهر، فصار كالواطئ في النكاح(١).

١٨٢٤ - [فَصْل: في صفة اللعان]

وصفة [١٦٢/ب] اللعان إذا قذفها بغير ولد ـ كما قال الله تعالى في كتابه(٢) ـ: يقوم الزوج فيشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فيما [رماها](٣) به من الزنا، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، ثم تقوم المرأة فتشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا(٤).

---

(١) انظر: الأصل، ٥/٥٠ ومابعدها.
(٢) الآيات (٦ ـ ٩) من سورة النور.
(٣) في أ (رميتها) والمثبت من ب.
(٤) انظر: مختصر القدوري، ص ٣٩٥.

فأما ما شرط من القيام فليس بشرط، وقد قال أبو الحسن في روايته عن أبي حنيفة: لا يضره قائماً لَاعَنَ أو قاعداً؛ وذلك لأن اللِّعَان إما أن يكون شهادة أو يميناً، وأيهما كان لم يجب فيه القيام، وإنما ذكر أبو الحسن القيام؛ لأنه [أشهر][1] وأبلغ، فأما قوله (فيما رميتها به من الزنا)، فقد ذكر الحسن عن أبي حنيفة: أنه يحتاج إلىٰ لفظ المواجهة فيقول: فيما رميتكِ، وهذا قول زفر، وقال: لا يجوز أن يأتي بلفظ الكناية.

فوجه ما ذكره أبو الحسن: أنه إذا قال: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به وأشار إليها، فالإشارة آكد في التعريف من اللفظ، فلا فرق بين أن يأتي معها بلفظ كناية أو مواجهة.

وجه رواية الحسن: أن خطاب المواجهة لا احتمال فيه، وخطاب الكناية فيه احتمال، فكان ما لا احتمال فيه أولىٰ.

١٨٢٥ - [فَصْل: وقوع الفرقة باللعان]

وإذا تم اللعان بينهما لم تقع الفرقة حتىٰ يفرق الحاكم بينهما، وقال زفر: تقع الفرقة بلعانها[2]، وقال الشافعي: تقع الفرقة بلعان الزوج[3].

والدليل علىٰ ما قلناه: ما روي في قصة سهل بن [سعد][4]: (أن النبي ﷺ لاعن بينه وبين زوجته، قال: كذبتُ عليها إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً)، قال

(١) في ب (أشهد) والمثبت من أ.

(٢) في أ (بلعانهما).

(٣) انظر: مختصر القدوري، ص ٣٩٦؛ الأم، ص١١١٩.

(٤) في ب (سعيد) والمثبت كما في أ.



الراوي: ففارقها قبل أن يأمره رسول الله ﷺ بفراقها، فأمضى عليه ذلك وصارت سنة المتلاعنين[1]؛ ولو كانت الفرقة وقعت بلعان الزوج أو بلعانهما، لم يقع الطلاق ولا أمضاه رسول الله ﷺ، ولَبَيَّن له بطلان اعتقاده في أن الطلاق لا يقع، ولأنه [تحالف بين][2] المتعاقدين في حكم اختلفا فيه، فلا ينفسخ العقد باليمين [كالمتحالفين][3] في البيع.

وجه قول زفر: قوله ﷺ: «**المتلاعنان لا يجتمعان**»[4] وهذا يمنع بقاء النكاح بعد اللعان[5].

١٨٢٦ - [فَصل: فرقة اللعان تطليقة]

قال أبو حنيفة ومحمد: فرقة اللعان تطليقة بائنة، وقال زفر وأبو يوسف والحسن: هي فرقة بغير طلاق توجب تحريماً مؤبداً[6].

وجه قولهما: أنها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج [طارئ][7] على النكاح مختص به، فصار كقوله: أنت طالق، ولأنها فرقة يختص سببها بالحاكم، فكانت طلاقاً كفرقة العنين[8]، والدليل على أنها لا توجب تحريماً مؤبداً: أنها فرقة

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير، ٦/١١٣، ١١٧. وأصل الحديث في البخاري (٤٤٦٨، ٥٠٠٢)؛ ومسلم (١٤٩٢).

(٢) في ب (يخالف من) والمثبت من أ.

(٣) في ب (كالمختلفين) والمثبت من أ.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا على عمرو بن عمرو بن مسعود، ٤/١٩، ٢٠؛ قال ابن حجر: «الدارقطني من حديث ابن عمر مرفوعًا... وإسناده لا بأس به...». الدراية، ٢/٧٦.

(٥) انظر: مختصر القدوري ص ٣٩٥، ٣٩٦.

(٦) المصدر السابق نفسه.

(٧) في ب (كان) والمثبت من أ.

(٨) في أ (العنة).

وقعت بحكم قول الزوج، فصارت كفرقة الخيار.

وجه قول أبي يوسف قوله ﷺ: «**المتلاعنان لا يجتمعان أبداً**»، والجواب أن حقيقة المتلاعنين هما المتشاغلان [١٦٣/أ] بالفعل (كالمتقاتلين والمتضاربين)[١]، فإذا انقضى الفعل كان الاسم مجازاً فيهما، فلا يحمل اللفظ عليه إلا بدليل، ولأن [المتلاعن][٢] من بقي على حكم اللعان، فإذا [أكذب][٣] الزوج نفسه فلم يبق على حكم اللعان، فلا يتناوله الخبر.

١٨٢٧ - [فَصْل: اجتماع الزوجين بعد اللعان]

قال: وإذا فرق الحاكم بينهما فصارت المرأة في حال لا يحدّ قاذفها، أو أكذب الزوج نفسه فضرب الحدّ، وذلك بعد الفرقة فله أن يتزوجها، وقال أبو يوسف وزفر: لا يجتمعان أبداً، وبه قال الشافعي[٤].

وجملة هذا: أن تحريم الاجتماع يتعلق عندنا ببقاء حكم اللعان، فإذا زال حكمه زال التحريم، وزوال حكم اللعان يكون بإكذابه نفسه، وإقامة الحدّ عليه؛ لأنه خرج بذلك من أن يكون من أهل (الشهادة)[٥]، فلم يبق حكم اللعان؛ وكذلك إذا صدقته لأنها صارت معترفة بالزنا، فلا يثبت حكم اللعان في حقها، وكذلك إذا حُدت في قذف [لما بيّنا].

---

(١) في أ (كالمتقابلين والمتقاربين).
(٢) في ب (التلاعن) والمثبت من أ.
(٣) في ب (أكدت) والمثبت من أ.
(٤) انظر: الأم ص١١٩.
(٥) في أ (اللعان).

والدليل على جواز الاجتماع [بعد سقوط حكم اللعان: أن الأحكام المختصة باللعان: تحريم الاجتماع] ونفي النسب، فإذا لم يتأبد أحدهما فكذلك الآخر، وأبو يوسف ذهب إلى ظاهر الخبر.

١٨٢٨ - [فَصْل: حصول الفرقة قبل إتمام اللعان]

وإذا أخطأ الحاكم ففرق قبل إتمام اللعان، فإن [كان] كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان، (ففرق قبل تمام اللعان)[١] وقعت الفرقة، وإن لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان، لم تقع الفرقة، والأصل في هذا: أن الحاكم إذا فرق بعد أكثر اللعان فقد اجتهد في موضع يسُوغ فيه الاجتهاد، ألا ترى أنه يقول: إن الأحكام [المتكررة][٢] في الشرع فيها ما يقوم الأكثر منها مقام الجميع، أو يقول: إنّ الأحكام المقصود بالتكرار التأكيد والتغليظ، وهذا المعنى موجود في الأكثر، قال هذا الحاكم: وقد سوّغتم الاجتهاد للشافعي إذا اقتصر على لعان الزوج في قذف المجنونة والميتة؛ فلأن تسوغوا لي الاجتهاد إذا فرقت بعد إكمال الزوج لعانه، وإتيان المرأة بأكثر لعانها أولى، فإن قيل: إنما يسوغ الاجتهاد للحاكم (في قذف المجنونة والميتة)[٣] إذا لم يخالف [اجتهاده] النص، وهذا الحاكم خالف القرآن؛ لأن الله تعالى ذكر اللعان عشر دفعات، وخالف السنة؛ لأن رسول الله ﷺ لاعن بين الزوجين كذلك، قال هذا الحاكم: ليس الأمر كما زعمتم؛ لأن الله تعالى يذكر الفرقة والخلاف بيني وبينكم في محل الفرقة؛ لأني حين فرقت بعد أكثر اللعان لو أمرتهما بإتيان ببقية اللعان لم

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (المذكورة) والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

يجز عندكم، وإن كنت استوفيت الشهادات التي ورد بها القرآن، فعلم أن الخلاف معكم في محل الفرقة، وذلك لم يذكر في القرآن، وكيف أنسب إلي المخالفة.

قال: وأما السنة فما خالفتها؛ لأن عندي أن القاضي إذا فرق بعد أكثر اللعان جاز، وإذا فرق بعد جميعه جاز [١٦٣/ب] وكان أولىٰ، ومتىٰ استعمل رسول الله ﷺ أولىٰ الجائزين لم يدل ذلك علىٰ نفي الآخر، وليس في فعله ما ينفي غيره.

١٨٢٩ - [فَصْل: ابتداء الحاكم باللعان بالمرأة]

فإن أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة ثم بالرجل، فإنه ينبغي له أن يعيد اللعان علىٰ المرأة، فإن لم يفعل حتىٰ فرق وقعت الفرقة. (وهذه المسألة لا يخالف الشافعي فيها؛ لأن عنده أن الفرقة تقع)[1] بلعان الزوج، تقدم لعان المرأة أو لم يتقدم، وإنما قلنا: إن الحاكم ينبغي [له أن يعيد] لِعَان المرأة؛ لأن الزوج في حكم الشاهد عليها [بقذفه]، وهي مسقطة بشهادتها ما حققه عليها، فلا يصح أن تبتدئ كما لا يصح أن يبتدئ المدّعىٰ عليه، فإن فرق الحاكم ولم يعد لعانها نفذت الفرقة؛ لأن الحاكم فرق في موضع يسوغ فيه الاجتهاد، ألا ترىٰ أنه يقول: إن اللعان إن كان شهادة فتقديم قول أحد الشاهدين علىٰ الآخر ليس بشرط، وإن كان يميناً فهي كتحالف المتداعيين فيجوز تقديم كل واحد منهما.

١٨٣٠ - [فَصْل: عدم وقوع الفرقة بعد اللعان]

قال: وإذا التعنا عند الحاكم ولم يفرق حتىٰ عزل أو مات، فإن الحاكم الثاني يستقبل [اللعان] بينهما في رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهو قول أبي

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

يوسف، وقال محمد: لا يستقبل اللعان، وهذا فرع على اختلافهم في أن اللعان: ما هو؟ فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه شهادة فيها معنى اليمين، وقال محمد: هو يمين فيه معنى الحدّ.

وجه قولهما: قوله تعالى ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾ فسمى ذلك شهادة، ولأن ما يختص بلفظ الشهادة فهو شهادة، كالشهادة في الحقوق، ولأنه لو كان يميناً لم يختص بلفظ الشهادة كسائر الأيمان.

وجه قول محمد: أنه يمين، بدلالة [أنه] يذكر فيه اسم الله تعالى، فلو كان شهادة لم يذكر فيه [اليمين]. وهذا ليس بصحيح؛ لأنها شهادة مؤكدة عندنا باسم الله تعالى، وقد تؤكد الشهادة بضرب من التأكيد.

ولا يقال: لو كانت شهادة [لكانت شهادة] المرأة على النصف من شهادة الرجل؛ لأنه يبطل بالشهادة على الولادة، فأما ما روي عن النبي ﷺ أنه لَمَّا لاعَن بين هلال وبين امرأته قال: «**إن جاءت به أسود أدعج فهو لشَرِيك بن سَحْمَاء**»[1]، فلما وضعت حمل إليه، فرآه على صفة شريك، فقال: «**لولا ما مضى من الأيمان لكان لي ولها شأن**»، ورُوِي: «**لرجمتها**»، فلا دلالة فيه؛ لأنه قد روي: «**لولا ما مضى من الشهادة**»، وروي: «**لولا ما مضى من الحدّ**»، ثم هي عندنا شهادة فيها معنى اليمين، [فيجوز أن يسمى يمينًا].

فإذا ثبت أنه شهادة، فالشهود إذا شهدوا عند الحاكم فمات أو عُزل قبل التنفيذ، لم يعتد الحاكم بعده بتلك الشهادة، وإذا ثبت لمحمد أن اللعان يمين،

(١) أخرجه البخاري (٤٤٧٠)؛ ومسلم (١٤٩٦)، ولفظ مسلم: «... أكحل جعد أحمش الساقين»؛ وابن عوانه في مسنده: «... أدعج حمش الساقين»، ٣/٢٠٩؛ وغيرهم بألفاظ مختلفة.

فالخصم إذا حلف عند الحاكم فعُزل أو مات، لم يستحلفه الحاكم الذي بعده.

١٨٣١ - [فَصْل: طلاق الزوج بعد القذف قبل اللعان]

ولو قذفها الزوج فلم يلتعنا حتى طلقها ثلاثاً أو تطليقة بائنة، فلا حدّ [عليه] ولا لعان؛ وذلك [١٦٤/أ] لأن اللعان تعذر من طريق الحكم، ألا ترى أنه موضوع لقطع الفراش، وقد انقطع بالطلاق فلا معنى للعان، ولأنها أجنبية منه، والأجنبية إذا قذفت لا تلاعن.

قال: وإن كان الطلاق رجعياً بعد القذف لاعن الحاكم بينهما؛ لأن الزوجية (باقية)[1]، واللعان موضوع لقطع الفراش، فصارت كغير المطلقة.

١٨٣٢ - [فَصْل: الزواج بعد الطلاق والقذف الذي لم يلاعن]

ولو تزوجها من بعد الطلاق فأخذته بذلك القذف، فلا حَدَّ عليه ولا لعان؛ وذلك لأن كل واحد من النكاحين ينفرد بحقوقه عن الآخر؛ واللعان من أحكام النكاح، فلم يجز أن يتلاعنا في نكاح بقذف في نكاح آخر؛ ولأن اللعان موجب القذف كالحدّ، ومعلومٌ [أنّ] الحدّ إذا طرأ عليه ما يوجب سقوطه لم يعد، فكذلك اللعان لما طرأ عليه البينونة لم يعد.

١٨٣٣ - [فَصْل: الامتناع من التلاعن]

قال: وأي الزوجين أبى أن يلتعن حُبِسَ حتى يلتعن، أما إذا امتنع الزوج من اللعان، فإنه يحبس عندنا، وقال الشافعي: يحدّ[2].

(١) في أ (ثابتة).

(٢) انظر: الأم، ص١١١٥.

وهذا فرع على أن موجب قذفه [ما هو؟ فعندنا: موجب قذفه] اللعان، فإذا امتنع منه فقد امتنع من حق عليه مقصود لنفسه، فيحبس كالممتنع من [أداء] الديون.

وعند الشافعي: أن موجب قذفه الحدّ، وإنما يسقط عن نفسه باللعان، فإذا لم يلاعن بقي موجب القذف فيحدّ، وقد بَيَّنَّا هذا الأصل، فأما إذا لاعن الزوج فامتنعت المرأة حُبِسَتْ عندنا، وقال الشافعي: تُحَدُّ.

وهذا فرع على أصل [له]: وهو أن عنده: أن الزوج يحقق عليها الزنا بلعانه، ويوجب عليها الحدّ، فإذا التعنت أسقطت الحدّ الواجب عليها، فإذا لم تلتعن بقي الحدّ بحاله.

والدليل على فساد هذا: أن الحد لا يجب بقول الواحد وإن كرره كالأجنبي؛ ولأن الزوج مُدَّعٍ حقق دعواه بيمينه، والمدعي إذا حقق دعواه ابتداءً لم يستحق ما ادّعاه، والعجب من الشافعي أنه لا يوجب الحدّ عليها بشهادة الزوج مع ثلاثة من الشهود، ثم يوجب الحدّ عليها بقوله وحده، ولأن الحد لو وجب عليها بشهادته لم يسقط عنها بيمينها، كما لو وجب عليها بشهادة الشهود(١).

(١) انظر: الأصل ٤٢/٥ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٠٢/٥ وما بعدها؛ التجريد ٥١٥٥/١٠ وما بعدها.



بَابُ
اللِّعانِ بنفي الولدِ

قال أبو الحسن: وإذا جاءت زوجة الرجل بولد فقال: لم تلديه، فلا لِعَان بينهما؛ وذلك لأن القاذف هو المثبت للولادة المُدَّعِي أنها من غيره، فإذا نفىٰ الولادة استحال أن يكون قاذفاً[1].

قال: وإن أَقَرَّ بالولادة أو شهدت امرأة علىٰ الولادة فقال بعد ذلك: ليس بابني، لاعَن وفرق الحاكم بينهما، وألزم الولد أمه؛ وذلك لأنه لما نفىٰ نسبه صار قاذفاً، والقاذف لزوجته يلاعن، ولا يقال إنه نفاه عن نفسه، وذلك لا يتضمن القذف لجواز أن يكون من غيره، ولا تكون زانية، بأن تكون وطئت بشبهة؛ وذلك لأن هذا الاحتمال بالإجماع ساقط [بالإجماع] لأن الأمة أجمعت علىٰ أن من قال لرجل: [١٦٤/ب] لست لأبيك، كان قاذفاً مع وجود هذا الاحتمال، وأما نفي نسب الولد باللعان؛ فلأن النبي ﷺ نفىٰ ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها، ولأن القذف إذا كان بولد فغرض الزوج أن ينفي عن نفسه ولداً ليس منه، [فلذلك نفاه][2] القاضي باللعان.

١٨٣٤ ـ فَصْل: [شرط نفي الأب لولده]

قال: وله أن ينفيه عند أبي حنيفة ما لم يظهر منه ما يكون اعترافاً أو دلالة

---

(١) انظر: الأصل، ٥/٤٤.

(٢) في ب (فكذلك نفىٰ) والمثبت من أ.

عليه، وله ذلك عند أبي يوسف ومحمد مدة أكثر النفاس.

وجه قول أبي حنيفة: أن الزوج إذا لم ينفه حتىٰ تطاولت المدة لم يملك النفي بالإجماع، فإذا نفاه عقيب الولادة انتفىٰ الإجماع، فلم يكن بد من حدٍ فاصل بينهما، ومعلوم أن الإنسان لا يشهد علىٰ نفسه بنسب ولده، وإنما يقبل التهنئة ويبتاع [متاع][1] الولادة، فإذا فعل ذلك أو مضىٰ من المدة ما يفعل ذلك فيه في العادة وهو ممسك، فالظاهر أنه معترف به فلا يملك نفيه بعد ذلك.

ومن أصحابنا من حكىٰ عن أبي حنيفة: أنه ينفيه إلىٰ سبعة أيام. وليس بصحيح؛ لأنه تقدير لا دليل عليه، ومن ذكره فكأنه ذهب إلىٰ أنه[2] ما بين الولادة إلىٰ العقيقة التي [يفعلها] الملزم للنسب، وقد قال الشافعي: إن نفاه علىٰ الفور انتفىٰ وإلا لزمه[3].

وهذا ليس بصحيح؛ لأن النفي يحتاج إلىٰ الارتياء ليغلب علىٰ ظنه أحد الأمرين، وذلك لا يتمكن منه علىٰ الفور.

وجه قول أبي يوسف ومحمد: أن مدة النفاس قد أجريت مجرىٰ حال الولادة بدلالة سقوط الصلاة والصوم، فجريا مجرىً واحدًا، وعلىٰ هذا الأصل قالوا في الغائب عن امرأته إذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتىٰ قدم: أن له النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة، وقالا: في مقدار مدة النفاس بعد القدوم؛ وذلك لأن النسب لا يجوز أن يلزمه مع عدم العلم به، فصارت حالة

---

(١) في ب (آلات) والمثبت من أ.

(٢) في أ (أن هذا).

(٣) انظر: المهذب ٤/٤٥٢.



القدوم كحالة الولادة على المذهبين، وقد روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قدم قبل الفصال فله أن (ينفيه في مقدار مدة النفاس، وإن قدم بعد الفصال فليس له نفيه)[1]، ولم يرو هذا [التفصيل][2] عن محمد؛ ووجهه: أن ما قبل الفصال: الولد فيها لم ينتقل عن غذائه الأول فصار كمدة النفاس، وأما بعد الفصال فقد انتقل عن ذلك الغذاء وخرج من حال الصغر، فاستقبح أن ينفي نسبه كما لو صار شيخاً.

١٨٣٥ ـ فَصْل:

قال: وإذا هنئ بولد الحرة فسكت فهو اعتراف، ولا ينتفي أبداً بلعان أو بغيره؛ وذلك لأن الإنسان لا يشهد على نفسه بثبوت نسب [ولد غيره][3] ولا [يسكت][4] عند التهنئة والولد ليس منه، فصار هذا كالاعتراف، والمعترف بنسب الولد لا يملك نفيه، وقد روى ابن رستم عن محمد: أنه إذا هُنِّيءَ بولد الأمة فسكت لم يكن اعترافاً، وإن [١٦٥/أ] سكت عن ولد الزوجة كان اعترافاً. وهذا صحيح؛ لأن ولد الزوجة نسبه ثابت بالفراش، وإنما يثبت[5] من جهة الزوج النفي، [فإذا أمسك عن التهنئة، دل ذلك على أنه غير مؤثر للنفي] فأما ولد الأمة فلا يثبت [نسبه] بالفراش، وإنما يثبت بالاعتراف، والسكوت لا يقوم مقام الاعتراف في إلزام الحقوق.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) في ب (الفصل) والمثبت من أ.
(٣) في ب (ولده) والمثبت من أ.
(٤) في ب (يمسك) والمثبت من أ.
(٥) في أ (يترقب) والمثبت من ب.

١٨٣٦ ـ فَصْل: [النسب الذي لا ينفيه اللعان]

قال: وكذلك كل نسب ثبت بإقراره أو بالحكم، فإنه لا ينفيه [باللعان]؛ وذلك لأنه لما اعترف بالولد لزمه، فإذا أراد نفيه فقد رجع عن اعترافه، وثبوت النسب حقٌّ للولد، فلا يملك الرجوع عنه بعد الاعتراف، فأما قول أبي الحسن: إذا ثبت بإقراره أو بالحكم، فثبوته بالإقرار معروف وقد بيناه، وأما ثبوته بالحكم فقد روىٰ الفضل بن غانم قال: سمعت أبا يوسف قال في رجل جاءت امرأته بولد فنفاه ولم يلاعن حتىٰ قذفها أجنبي بالولد الذي جاءت به، فضرب القاضي الأجنبي الحدّ ـ فإن نسب الولد يثبت من الزوج ولا لعان بينه وبينها؛ وذلك لأن القاضي لما حدّ قاذفها بالولد فقد حكم بكذبه، والحكم بكذبه حكم بثبوت النسب، فالنسب المحكوم بثبوته لا ينتفي باللعان كالمقَرِّ به، وإنما يسقط اللعان؛ لأن الحاكم لما حكم بإحصانها تعذر اللعان حكماً، فلم يجب الحدّ ولا اللعان.

١٨٣٧ ـ فَصْل: [نفي ولد من لا لعان بينهما]

وإن نفىٰ ولد زوجته وهما ممن لا لعان بينهما لزمه، ولا يستطيع نفيه أبداً؛ لأنه لا ينتفىٰ ولد زوجه إلا باللعان؛ وذلك لأن النسب ثابت بالفراش، وقد ورد الشرع بنفيه عن الفراش باللعان، فما سوىٰ اللعان فالنسب فيه ثابت، فلا يصح نفيه مع ثبوته.

١٨٣٨ ـ فَصْل: [حصول العلوق بالولد في حال لا لعان بينهما]

وإن كان العلوق بالولد في حال لا لعان بينهما فيه، ثم صارت [بحال][1]

(١) في ب (بحيث) والمثبت من أ.

يقع بينهما اللعان مثل أن يعلق وهي (أمة فتعتق أو كتابية فتسلم)[1] فينفي ولدها، فإنه [يلاعن][2] ولا ينتفي النسب، وذلك لأنها لما علقت وليست من أهل اللعان ثبت نسب ولدها ثبوتاً لا يلحقه الفسخ، فلا يعتبر بعد ذلك تغير حالها.

١٨٣٩ ـ فَصْـل: [في نفي ولد الحرة وتصديقها له]

[قال]: ولو نفى ولد الحرة فصدقته، فلا حدّ على الزوج ولا لعان، وهو ابنهما لا يصدقان على نفيه؛ وذلك لأن النسب حق للولد، والأم لا تملك إسقاط حق ولدها، فلم يجز أن ينتفي نسبه بتصديقها، فلا يجوز أن يلاعنها مع تصديقها له في القذف؛ لأن ذلك ينفي اللعان، ألا ترى أنه يستحيل أن يشهد بالله أنه لمن الكاذبين، وقد قالت إنه صادق، فإذا تعذر اللعان لم [ينتف][3] النسب.

١٨٤٠ ـ فَصْـل: [إقرار بالولد الأول ونفي الثاني في حال ولادة ولدين معًا]

فإن جاءت بولدين في بطن فأَقَرَّ بالولد الأول ونفى الثاني؛ لاعن ولزمه الولدان، وإن نفى الأول وأقر بالثاني، حُدَّ ولا لعان، ويلزمانه جميعاً، والأصل في هذا: أن الحمل الواحد لا يجوز أن يثبت بعض نسبه دون بعض؛ لأنه حمل واحد كالولد الواحد، وكما لا ينتفي بعض نسب الولد ويثبت بعضه، فكذلك الحمل الواحد.

وإذا ثبت هذا قلنا: لما أقر بالولد الأول لم يصح نفيه للثاني؛ لأن نسبهما لا يتبعض في الثبوت، [١٦٥/ب] فصار الاعتراف بالأول اعترافاً بالثاني فثبت

---

(١) في أ (أمة أو كتابية، ثم عتقت الأمة، أو أسلمت الكتابية).

(٢) في ب (لا يلاعن) والمثبت من أ.

(٣) في ب (يثبت) والمثبت من أ.



نسبهما ، فأما اللعان فقد ينفرد عن نفي النسب ، ألا ترىٰ أنه يثبت لقطع الفراش في المقذوفة بغير ولد ، فلم يكن ثبوت النسب مانعاً من اللعان ، وإنما يثبت اللعان ؛ لأنه باعترافه الأول واصف لها بالعفة ، فلما نفىٰ الثاني وصفها بالزنا ، ومن قال لامرأته: أنتِ عفيفة ، ثم قال: أنتِ زانية ، لاعَن ، فأما إذا نفىٰ الأول فقد قذفها ، فلما اعترف بالثاني فقد وصفها بالعفة .

ومن قال لامرأته: أنت زانية ، ثم قال: أنت عفيفة ، فقد أكذب نفسه بعد القذف ، فيجب [عليه] الحدّ ، ويثبت نسب الولدين ؛ لأن الاعتراف بالثاني اعتراف بهما .

١٨٤١ ـ **فَصْل**: [نفي الولدين ثم موت أحدهما]

قال: ولو نفاهما جميعاً ، ثم مات أحدهما أو قُتِلَ ، فإنه لا يلاعن[1] ، ويلزم الولدان الأب ، أما ثبوت نسبهما فلأن الميت منهما لا يصح نفي نسبه ؛ لأن ذلك حكمٌ عليه ، والميت لا يحكم عليه ، إلا أن يحضر من يقوم مقامه ، وأحد الأخوين لا يقوم مقام الآخر ، ولأنه لا فائدة في نفي نسب الميت ، فإذا تعذر نفي أحد الولدين ثبتا جميعاً ؛ لاستحالة أن يتبعض ثبوت نسب الحمل الواحد ، فأما اللعان فقد ذكر محمد أنه لا يبطل .

وذكر ابن سماعة هذه المسألة فقال: يبطل اللعان عند أبي يوسف ، وقال محمد: لا يبطل .

وجه قول أبي يوسف: أن المقصود باللعان نفي النسب ، وقد تعذر ذلك فلا فائدة للعان .

---

(١) في أ (يلاعن).

وجه قول محمد: أن اللعان ينفرد عن نفي النسب، فتعذره لا يمنع بقاء اللعان.

١٨٤٢ ـ فَصْل: [نفي الولدين حيث ولدت أحدهما ميتًا]

قال: وكذلك إن وَلَدَتْ أحدهما ميتاً فنفاهما، لاعَن ولزم الولدان الأب وهذا لما بينا، قال: ولو وَلَدَتْ ولداً فنفاه ولاعَن الحاكم بينهما وفرق، ثم ولدت بعد يوم آخر، لزماه جميعاً واللعان ماضٍ؛ وذلك لأنها صارت أجنبية، وولد الأجنبية لا ينتفي باللعان (فيثبت نسب الثاني، وثبوته شاهد على ثبوت نسب الأول فيثبت، وليس يمتنع أن ينتفي نسب الولد باللعان)[١]، ثم يثبت من بعد كما لو اعترف به.

١٨٤٣ ـ فَصْل: [قول الزوج هما ابناي]

ولو قال الزوج: هما ابناي، فلا حدّ عليه؛ وذلك لأنهما لزماه من طريق الحكم، فإذا اعترف بهما فهو صادق في اعترافه، فلا يلزمه الحدّ، ولا يقال قد أكذب نفسه؛ وذلك [لأنه] يجوز أن يكون قوله: هما ابناي، ليس بتكذيب وإنما هو إخبار (كمن)[٢] أثبت بالحكم، وقد قالوا في الاعتراف بالولد الذي يكون الزوج به مكذباً لنفسه: وهو أن يعترف بولد (لو)[٣] لم يعترف به، صَحَّ أن يلاعن به إذا كان من أهل اللعان، فأما إذا لم يصح أن يلاعن به، لم يكن باعترافه به مكذباً لنفسه، وعلى هذا قالوا: لو ولدت امرأته ولداً، فقال: هو ابني، ثم ولدت آخر فنفاه، ثُمّ أقر به، فلا حدّ عليه؛ لأنه لو لم يقر به لم يصح نفيه باللعان.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في أ (عما).

(٣) في (أو).

قال في المسألة الأولىٰ: ولو قال: ليسا بابني ؛ كانا ابنيه ولا حدّ عليه ؛ وذلك لأنه قد تقدم القذف ولاعَن ، وهو الآن مكرر للقذف ، والملاعن [١٦٦/أ] إذا كرر القذف لم يلزمه حد.

قال: ولو قال كذبت باللعان وفيما قذفتها به ، حُدّ ؛ لأنه اعترف بالكذب بصريح الاعتراف ، وذلك يوجب الحدّ عليه.

١٨٤٤ - فَصْل: [نفي الزوج الولد الميت]

قال: ولو جاءت بولد فمات فنفاه الزوج ، لاعَن ويلزمه الولد ، وقد بينا [ذلك] ، قال: ولو جاءت بولدين فنفاهما ثم مات أحدهما ، قال محمد: يلاعن ويلزمه الولد الثاني ، أما اللعان فقد بينا أنه يجوز أن ينفرد عن نفي النسب ، وأما قول محمد: أنه يلزمه [الولد] الثاني ، فإنما أراد أن يبين أنه لا ينتفي باللعان وإلا [١] فنسبهما جميعاً يلزمه.

١٨٤٥ - فَصْل: [فيمن طلق رجعيًا فجاءت بولد لأقَلَّ من سنتين بيوم فنفاه]

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: فيمن طلق امرأته طلاقاً رجعياً فجاءت بولد لأقل من سنتين بيوم فنفاه ، ثم جاءت بولد بعد سنتين بيوم فأقرّ به: فقد بانت ولا حَدَّ ولا لِعَان ؛ وذلك لأن من أصلهما: أن الولد الثاني يتبع الأول ، ألا ترىٰ أن الأول جاءت به في مدة يلحق نسبه ، فصار الثاني تابعاً له ، (فكأنما جاءت بهما قبل السنتين) [٢] فلا يثبتان الرجعة ، فتبين بوضع الولد الثاني ، ويتعذر اللعان من طريق الحكم لأنها أجنبية.

---

(١) سقطت (وإلا) من أ.

(٢) في أ (فكأنها جاءت به لسنتين).

وقال محمد: هذه رجعة وعلى الزوج الحدّ؛ وذلك لأنه يقول: إن الولد الثاني لا بد من أن يكون لحمل حادث؛ لاستحالة أن يبقى الولد لأكثر من سنتين، والولد الأول يجوز أن يكون بحمل حادث، [ويجوز أن لا يكون]، فصار المحتمل تابعاً لما لا يحتمل، فكأنها ولدتهما بعد السنتين، والرجعية إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تثبت الرجعة، فلما نفى ولدها الأول ثم اعترف بالثاني، فقد أكذب نفسه فيحدّ.

١٨٤٦ـ فَصْـل: [فيمن طلق بائناً فجاءت بولد لأقل من سنتين وولد لأكثر]

وإن كان الطلاق بائناً والمسألة بحالها، حُدَّ ويثبت نسب الولدين عندهما؛ لأن الثاني يتبع الأول، فكأنها جاءت بولدين لأقل من سنتين، ولا يثبت اللعان؛ لأنها أجنبية، فيحدّ بإكذابه نفسه.

وقال محمد: لا حدّ ولا لعان، ولا يثبت نسب الولدين؛ لأنه لا يتبع الأول الثاني، والمبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين لم يثبت نسبه، فلا يجب على قاذفها الحدّ؛ لأن معها ولد غير ثابت النسب[1].



(١) الأصل، ٥/٤٥ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٥/٢١٧؛ التجريد، ١٠/٥٢٠٩ وما بعدها.



بَابُ
نفي الحمل

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا قال الرجل لامرأته وهي حامل: ليس هذا الحمل مني، إلىٰ آخر ما ذكر.

قال: وجملة هذا أن عند أبي حنيفة إذا نفىٰ الرجل حمل امرأته، فليس بقاذف ولا لِعَان بينهما، وهو قول زفر[١].

وقال أبو يوسف ومحمد: إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر لاعنها، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر فلا لعان، وهو قول أبي حنيفة الأول، واتفق أصحابنا: أنه لا ينتفىٰ نسب الحمل قبل الولادة.

وقال الشافعي: إذا نفىٰ حمل امرأته لاعنها[٢]، ونفى القاضي نسب الحمل[٣].

وجه قول أبي حنيفة: أن القذف بالحمل في معنىٰ [النفي] المعلق بالشرط؛ لأن تقديره كأنه قال: إن كنتِ حاملاً [١٦٦/ب] فأنت زانية، والقذف لا يجوز أن [يعلق][٤] بالشرط، ولأن الحمل لا يعلم في الحقيقة لجواز أن يكون بها ريح تشبه الحمل، فلا بد أن يكون القذف (مشروطاً)[٥] بصحة الحمل، ولا يقال إن

---

(١) الأصل ٥/٤٤.

(٢) انظر: الأم ص ١١١٦.

(٣) انظر: المهذب ٤/٤٥٦.

(٤) في ب (يتعلق) والمثبت من أ.

(٥) في أ (منوطًا).

الحمل يتعلق به الأحكام ، ألا ترىٰ أن الجارية ترد به علىٰ بائعها ، ويجب للمعتدة النفقة لأجل حملها ؛ وذلك لأن المعتدة يجب لها النفقة عندنا مع عدم الحمل ، فأما الرَّدُّ بالعيب فليس مما يؤثر فيه [الشبهة ، فيثبت لوجود الظاهر ، والقذف مما يؤثر فيه الشبهة] فلا يثبت بالظاهر ؛ ولأن الأحكام الثابتة للحمل موقوفة علىٰ الولادة بدلالة الميراث والوصية ، والقذف لا يقف علىٰ شرط .

وجه قولهما: أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر ، فقد تيقنا وجوده عند النفي ، فلهذا [قالوا]: إذا أوصىٰ لحمل امرأة فجاءت به لأقل من ستة أشهر استحق الوصية ، وإذا تيقنا وجوده وقد نفاه الزوج فيلاعن به ، فأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر فيجوز أن يكون [لحمل حادث][1]؛ فلهذا لا يستحق الوصية فلا يتيقن وجوده عند القذف ، فلا يلاعن .

فأما الدليل علىٰ أنه لا ينتفىٰ نسبه وهو حمل ، أن هذا حكم عليه ، والأحكام لا يجوز ثبوتها للحمل قبل الولادة ، (كما لا يجوز حكم باستحقاق الميراث والوصية)[2]، فأما ما روي (أن النبي ﷺ لاعَن بين هلال بن أمية وبين امرأته وهي حامل وألحق الولد بها)[3] فلا دلالة فيه ؛ لأن هلالاً لم يقذفها بالحمل وإنما صرح بالزنا وذكر الحمل .

وعندنا إن من قال لامرأته: قد زنيتِ وأنتِ حامل ، فإنه يلاعن ؛ لأنه لم يعلق القذف بالشرط ، وهكذا صنع هلال لأنه ادعىٰ أنه وجد شريكاً علىٰ بطنها ، فأما نفي النسب فلأن رسول الله ﷺ علم من طريق الوحي أن هناك ولدًا ، ولهذا

---

(١) في ب (الحمل حادثًا) والمثبت من أ.

(٢) في أ (كما لا يحكم باستحقاقه للميراث والوصية).

(٣) الحديث أخرجه البخاري (٦٤٦٤) ؛ ومسلم (١٤٩٧).

قال: «إن جاءت به أحمر علىٰ صفة كذا فهو لهلال، وإن جاءت به أسود جعداً فهو لشريك»[1]، وهذا لا يعلم [إلا من][2] طريق الوحي، ولا طريق لنا إلىٰ مثل ذلك، فلهذا [لا ينتفىٰ] الحمل.

(١) أخرجه مسلم بلفظ: «إن جاءت به أبيض سبطًا قَضِيء العينين فهو لهلال» (١٤٩٦).

(٢) في ب (الآن) والمثبت من أ.



بَابُ
الشهادة في اللعان

قال أبو الحسن: اللعان عندنا بمنزلة الحدّ لا يحكم فيه بشهادة على شهادة، ولا بشهادة النساء مع الرجال، ولا بكتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن اللعان يوجب القذف كالحدّ في الأجنبي، فما لا يثبت به أحدهما لا يثبت به الآخر(١).

١٨٤٧ ـ فَصْل: [الشهادة على المرأة بالزنا رابعهم الزوج]

فإن شهد على المرأة بالزنا أربعة أحدهم الزوج، ولم يكن من الزوج قذف قبل ذلك، أقيم عليها الحدّ، وقال الشافعي: لا تقبل شهادة الزوج عليها(٢).

لنا: أنه تقبل شهادته عليها في غير حدّ [الزنا] فيقبل في الحدّ كالأجنبي، ولأن الزوج أبعد من التهمة، ألا ترى أن العادة أنه يستر على امرأته الزنا حتى لا يلحقه شينها، فقبول شهادته أولى.

١٨٤٨ ـ فَصْل: [الزوج قذفها وشهد سواه ثلاثة]

فإن قذفها الزوج وجاء بثلاثة سواه يشهدون فهم قَذَفَة يُحَدُّون، ويلاعن الزوج؛ وذلك لأنه لما قدم [١٦٧/أ] القذف [فقد] خرج من أن يكون شاهداً، ألا ترى أن الله تعالى أوجب على القاذف أن يأتي بأربعة شهداء، فلو جاز قبول

---

(١) انظر: الأصل ٥/٥٥.

(٢) انظر: المهذب ٤/٤٥٦، ٤٥٧.

شهادته معهم كان يكلف أن يأتي بثلاثة، وإذا ثبت أن شهادته غير مقبولة، والزنا لا يثبت بشهادة ثلاثة، صار قاذفاً، فلم يثبت عليها الزنا فيلاعن.

١٨٤٩ ـ فَصْل: [دَرْءُ الحَدِّ عن الشُّهُودِ وعن الزوج اللعان]

وإن جاء هو وثلاثة: فشهدوا أنها قد زنت فلم يُعَدَّلوا، دُرئ عنها وعنهم الحدّ، ودُرِئ عن الزوج اللعان؛ وذلك لأن الزوج شاهد وليس بقاذف، فلو وجب عليه اللعان خرج من أن يكون شاهداً، ووجب على الثلاثة الحدّ، وفي علمنا أنه لا يجب عليهم الحدّ؛ دلالة على سقوط اللعان عن الزوج.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: إن قذفها فجاء بأربعة فلم يعدلوا، فعليه اللعان: لأنه ليس بشاهد وإنما هو قاذف، فإذا سقطت الشهادة تعلق بقذفه اللعان.

قال: فإن شهد معه ثلاثة عُميان حُدَّ وحُدُّوا؛ وذلك لأن العميان المانع من قبول شهادتهم معنى مقطوع به، فصار كنقصان العدد فيُحَدّون، فأما الزوج فيلاعن؛ لأن قذف الزوج يتعلق به اللعان، فقوله: حدّ وحدّوا، [يعني: حُدَّ حدَّه، وحُدُّوا حَدَّهم] فحدهم الجلد وحدّ الزوج اللعان.

١٨٥٠ ـ فَصْل: [ادّعاء المرأة على زوجها أنه قذفها بالزنا]

وإذا ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بالزنا وهو يجحد، لم يقبل [من الشهادة إلا ما يجوز على قذف الأجنبية: رجلان عدلان، ولا يجوز في ذلك] شهادة النساء مع رجل، ولا شهادة على شهادة، ولا كتاب قاضٍ؛ وذلك لأن هذه شهادة يثبت بحكمها الحدّ، ألا ترى أن قذف الزوج يجوز أن يتعلق به الحدّ إذا سقط اللعان بسبب من جهته، فصار كقذف الأجنبية.



١٨٥١ ـ فَصْل: [الوكالة في اللعان وتثبيت الشهادة]

ولا تقبل وكالة لواحد منهما في اللعان، وإن وكَّلت المرأة بتثبيت شهودها على القذف جاز؛ وذلك لأن اللعان لا يصح فيه النيابة، كما لا يصح في الأيمان، فلا معنى للتوكيل، فأما الوكالة بإثبات القذف فيجوز عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يجوز عند أبي يوسف، والكلام في هذه المسألة في كتاب الحدود[1].



(١) انظر: الأصل ٥/٥٥ وما بعدها.



بَابُ
كيفية اللعان في نفي الولد

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا نفىٰ الرجل ولد امرأته فلاعن الحاكم بينهما، فإن الحاكم يأمر الزوج أن يقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي ولدكِ، ثم يأمرها أن تقول: أشهد بالله إنكَ من الكاذبين فيما رميتني به من نفي ولدي، فإذا قالا ذلك وتم اللعان، قال القاضي: قد فَرَّقتُ بينكما، فتمت الفُرْقة ولزم الولد أمه[1].

وقد روىٰ هشام عن محمد قال: إذا لاعن الرجل بالولد، قال في اللعان: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، بأن هذا الولد ليس مني، وتقول المرأة: أشهد بالله إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا، بأن هذا الولد ليسَ منكَ.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: إذا [لاعن] بنفي الولد قال: أشهد بالله [الذي لا إله إلا هو] إنه لصادق فيما رماها به من الزنا ونفي [هذا] الولد، وهذا [١٦٧/ب] ليس باختلاف رواية، وإنما هو لاختلاف الحال، فإذا كان الزوج قال: هذا الولد ليس مني؛ اكتفىٰ في اللعان بأن يقول: إني لمن الصادقين فيما رميتكِ به من نفي الولد، وإذا قذفها بالزنا ونفىٰ [ولدها][2] ذكر في اللعان الأمرين؛ لأن [الأول][3] لم يصرح بالزنا وإنما ذلك في مضمون نفيه الولد،

(١) انظر: مختصر القدوري ص٣٩٧.
(٢) في ب (الولد) والمثبت من أ.
(٣) في ب (الولد) والمثبت من أ.



فاقتصر علىٰ نفيه الولد، والثاني قذفها بالزنا ونفىٰ ولدها فاحتاج أن يشهد علىٰ الأمرين ولا يقتصر علىٰ أحدهما دون الآخر، فأما قوله في الكتاب: إن القاضي إذا فرق بينهما لزم الولد أمه؛ لأن اللعان وقع عليه والتفريق لأجله، فصار تفريق القاضي نفياً له.

وقد روىٰ حبان بن بشر عن أبي يوسف قال: إذا أكمل القاضي اللعان بينهما لم تقع الفرقة حتىٰ يفرق، فإن [كان] اللعان (بولد)[1] فرق بينهما، وقال: قد ألزمته أمه، وأخرجته من نسب الأب، وهذا صحيح لأن التفريق قد ينفرد عن نفي النسب فكل واحد منهما من أحكام اللعان، فوجب أن يحكم القاضي بأحدهما كما يحكم بالآخر.



(١) ساقطة من أ.



[٤٧] بَابُ
الحضانة(١)

قال الشيخ ﷺ: لما كان الصغار عاجزين عن النظر في مصالحهم جعل الله تعالىٰ ذلك لمن يلي عليهم، وفَوَّض الولاية في المال والعقود إلىٰ الآباء؛ لأنهم بذلك أقوم، وفوض التربية إلىٰ الأمهات؛ لأنهن أشفق وأحنىٰ، فإذا اختصم في الصغير أمه وأبوه مع بقاء النكاح أو بعد الفرقة فالأم أولىٰ به ما لم تتزوج(٢)؛ لما روىٰ عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: (أن امرأة أتت رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، ابني هذا كان بطني له وِعاء، وحجري له حِواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينتزعه مني، فقال رسول الله ﷺ: «**أنتِ أحق به ما لم تنكحي**»(٣))، ولأنها أقوم بالتربية، كما أن الأب أحفظ للمال، فإذا كان الأب أحق بالتصرف في المال، كانت هي أحق بالإمساك، (فإن ماتت الأم أو تزوجت)(٤) فاختصم الجدتان فأم الأم أولىٰ من أم الأب؛ لأنهما تساويا في القرابة وإحداهما من قِبل الأم، [وهذه الولاية مستفادة منها، فمَن أدلىٰ بها أولىٰ،

---

(١) «الحضانة لغة: تربية الولد، [من حَضَّن الطائر بيضه إلىٰ نفسه تحت طباق].
وشرعًا: معاقدة علىٰ حفظ من لا يستقل بحفظ نفسه من نحو طفل، وعلىٰ تربيته وتعهده». التوقيف علىٰ مهمات التعاريف (حضن).

(٢) انظر: الأصل ٣٤٨/١٠.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦)؛ وأحمد في المسند، ١٨٢/٢؛ «ورجاله ثقات» كما قال الهيثمي في المجمع، ٣٢٣/٤؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٤/٨.

(٤) في أ (فإن كانت الأم تزوّجت).

ثم أمّ الأب، فإنها أولىٰ من الأخوات؛ لأن لها ولادًا، فهي أدخل في الولاية وأكثر شفقة، ثم الأخوات أولىٰ من الخالات؛ لأنهن بنات الأبوين، والخالات بنات الجدين، وأولىٰ الأخوات من كانت لأب وأم؛ لأنها تدلي بجهتين، ثم الأخت من الأم أولىٰ من الأخت من الأب؛ لأنهما تساويا في القرابة، إحداهما مِن قبل الأم] (١).

واختلفت الرواية في الأخت من الأب والخالة: فروىٰ محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الخالة أولىٰ من الأخت للأب، وهو قول محمد وزفر، والوجه فيه ما روي: أن ابنة حمزة لما رأت علياً تمسكت به وقالت: ابن عمي، فأخذها فاختصم فيها عَلِيٌّ وجَعْفَرٌ وزَيْدٌ، فقال عَلِيٌّ: بنت عمي، وقال جعفر: بنت عمي وخالتها عندي، وقال زيد بن الحارثة: بنت أخي آخيت بيني وبين حمزة يا رسول الله، فقضىٰ بها رسول الله ﷺ لخالتها وقال: «**الخالة والدة**» (٢).

وروىٰ بِشر بن الوليد عن أبي يوسف قال: قال أبو حنيفة: الأخت من الأب أولىٰ من الخالة، وهي رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف، والوجه فيها: أنها بنت الأب والخالة بنت الجد (والقربىٰ) (٣) أولىٰ. وقد ذكر محمد إحدىٰ هاتين [١٦٨/أ] الروايتين في النكاح، والأخرىٰ في الطلاق، وبنات الأخوات يُقَدمن علىٰ الخالات لهذه العلة، ثم الخالات أولىٰ من العمات؛ لأنهن يتساوين في

---

(١) انظر: الأصل ٤/٥٤٤ وما بعدها؛ ومختصر القدوري ص ٤١٥، ٤١٦.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، ٦/١١؛ وبلفظ: «**بمنزلة الأم**»، ٦/٢٤٨، ونحوه عبد الرزاق في مصنفه، ١٠/٢٨٣؛ وابن حجر في المطالب العالية «**الخالة أم**»، ٨/٣٨٤، وأورده الهيثمي في المجمع، وقال: «رواه الطبراني، وفيه قيس بن الربيع، وثقه شعبة والثوري، وضعفه جماعة، وبقية رجاله ثقات»، ٤/٣٢٣.

(٣) في أ (والأقرب).

القرب، واللاتي من جهة الأم أولىٰ، فأولاهن من كانت لأب وأم؛ لأنها تدلي بقرابتين، ثم من كانت لأم لاتصالها بجهة الأم، ثم مَنْ كانت لأب، ثم العمات أولاهن من كانت لأب وأم، ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب، وبنات الأخ أولىٰ من العمات والخالات؛ لأنهن من ولد الأب، وبنات الأخت أولىٰ من بنات الأخ؛ لأن الأخ لا حَقَّ له في الحضانة، والأخت لها حق، فمن تدلىٰ بها أولىٰ، فأما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن في الحضانة لأنهن [رَحِم][1] بلا مَحرم. وحكىٰ الحسن بن زياد في كتاب الطلاق: أن أم الأب أولىٰ من الخالة عند أبي يوسف، وقال زفر: الخالة (أحق)[2].

وجه قول أبي يوسف: أن أم الأب لها (ولاء)[3] والولاية في الأصل مستفادة بالولاد، وجه قول زفر: قوله ﷺ: «**الخالة والدة**».

١٨٥٢ ـ فَصْل: [أحقية الأم والجدتان في حضانة الغلام]

والأم والجدتان أحق بالغلام حتىٰ يستغني عنهما: فيأكل وحده ويلبس وحده ويشرب وحده، وقال داود بن رشيد عن محمد: ويتوضأ وحده، ويريد بذلك الاستنجاء، فأما الجارية فهي أحق بها حتىٰ تحيض[4].

وحكىٰ هشام عن محمد: حتىٰ تبلغ أو تُشتهىٰ، وقد كان القياس أن تكون الأم أحق بالغلام والجارية حتىٰ يبلغا؛ لأن الحضانة ولاية للأم فلا ترتفع إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال، وإنما تركوا القياس في الغلام لما روىٰ سعيد بن

---

(١) في ب (الغائب خمر).

(٢) في أ (أولىٰ). انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٣٧.

(٣) في أ (ولاد).

(٤) انظر: الأصل ٣٥١/١٠.

المسيب قال: (**طلّق عمر امرأته أم ابنه عاصم، فلقيها ومعها الصبي، فنازعها وارتفعا إلىٰ أبي بكر فقضىٰ أن ريحها وفراشها خير له حتىٰ يشب**)[١]، ولأن الصبي إذا استغنىٰ بنفسه يحتاج إلىٰ التأديب، والأب أقوم بذلك، فلو بقيناه مع الأم لألف أخلاق النساء، واستضر بذلك فأسقطنا حقها، وأما الجارية فبقيت علىٰ أصل القياس.

ووجه ما روىٰ هشام: أنها إذا بلغت أن تشتهىٰ احتاجت إلىٰ الحفظ، والرجال أكثر غيرة من النساء فكانوا أحق بها، فأما إذا بلغت فالعَصَبة أحق بها في الروايات كلها؛ لأنها تُشتهىٰ وتَشتهي والرجال أكثر غيرة وأشد حفظاً فكانوا بها أولىٰ.

١٨٥٣ ـ فَصْل: [مَن لا حق لهن من النساء في الحضانة]

وأما من لا [ولاد] له من النساء فلا حق لهن في الغلام والجارية إذا استغنيا بأنفسهما؛ لأن هذا الحق يثبت لهن من طريق الولاية؛ [لأن الولاية] تستفاد بالولادة، وإنما يثبت لهن لحاجة الصغير إليهن، فإذا استغنىٰ زال ذلك المعنىٰ، فكان العصبة أولىٰ.

١٨٥٤ ـ فَصْل: [سقوط حق الحضانة]

وكل من تزوج من هؤلاء بأجنبي من الصبي سقط حقها من الحضانة[٢]، وصار كالميت لقوله ﷺ: «**أنتِ أحق بالولد ما لم تنكحي**»[٣]، وقضىٰ أبو بكر

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، ١٣٩/٢؛ وابن أبي شيبة في المصنف، ١٧٩/٤؛ وابن حجر في المطالب العالية، ٣٨٠/٨؛ وغيرهم.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٤١٦.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦)؛ «ورواه أحمد ورجاله ثقات»، مجمع الزوائد، ٣٢٣/٤؛ البيهقي=

لعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب أو تتزوج ؛ ولأن الصبي يلحقه جفاء من زوج أمه ومذلة فيسقط حقها للمضرة التي تلحقه ، فأما إذا تزوجت [١٦٨/ب] بذي رَحِم مَحْرمٍ من الصبي لم يسقط حقها مثل الجدة إذا كان زوجها الجد ، والأم إذا تزوجت بالعم ؛ لأنه لا يلحقه جفاء من جده وعمه .

١٨٥٥ ـ فَصْل : [عود حق الحضانة]

ومن سقط حقها من هؤلاء [للتزوّج] فمات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها ؛ وذلك لأن المانع من ثبوت حقها قد زال ، فصارت أولىٰ ممن هو أبعد منها .

١٨٥٦ ـ فَصْل : [الحضانة في حال استغناء الغلام بنفسه]

فإذا استغنىٰ الغلام بنفسه وبلغت الجارية فالعصبات أولىٰ بها علىٰ ما قدمنا ، ويترتب المستحق له الأقرب من العصبات فالأقرب ، والأب أولىٰ به ثم الجد أب الأب ، ثم الأخ للأب والأم ، ثم الأخ للأب ، ثم العم للأب والأم ، ثم العم للأب ، وابن الأخ أولىٰ من العم ، ثم عم الأب ، ثم عم الجدّ ، وعلىٰ هذا أبداً ، ولا يستحق بالتعصيب بنو أب ، وهناك أب أقرب منهم ، أو ابن أب هو أقرب منه ، [وبنو الأب أقرب ، ولا حق لابن العم في كفالة الجارية ، وله حق] في كفالة الغلام ؛ لأنه ليس بمَحْرَمٍ منها ، ويحل له نكاحها فلا يؤتمن عليها ، فأما الغلام فهو عصبته و[هو] أحق به ممن هو أبعد منه .

١٨٥٧ ـ فَصْل : [الحضانة إذا لم يكن للجارية قريب من النساء]

فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير [ابن][1] العم ، اختار لها القاضي

= في الكبرىٰ ؛ الحاكم في المستدرك ، ٢/٢٢٥ .

(١) في ب (أم) والمثبت من أ.

أفضل المواضع؛ لأن الولاية إليه فينظر في الأصلح.

قال محمد: كل ذَكَرٍ من قِبَلِ النساء: مثل الأخ من الأم، والخال، وأب الأم فلا حق لهم في الولد؛ [وذلك] لأن الحضانة للنساء والقيام [به] بعد الحضانة إلىٰ العصبات، فيعتبر من جهة الأم ما كان من النساء، ويعتبر [من] الرجال [ما كان] من جهة الأب.

قال محمد: وإن كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به في دينه، جعلها القاضي عند الخال؛ وذلك لأن الخال مَحْرَم، وابن العم ليس بمحرم، فكان المحرم أولىٰ.

والأخ من الأم أحق من الخال؛ لأنه أقرب.

وذكر الحسن بن زياد: أن الصبي إذا لم يكن له قرابة من النساء، فالعم أولىٰ به من الخال وأبو الأم؛ لأنه عصبة.

قال: والأخ للأب أولىٰ به من العم، وكذلك ابن الأخ، فإن لم يكن له قرابة من جهة أبيه من الرجال والنساء، فأب الأم أولىٰ من الخال والأخ للأم؛ لأن له ولادًا فهو أشفق ممن لا ولاد له من ذوي الأرحام.

١٨٥٨ - **فَصْـل**: [الفاسق والماجن من العصبة في الحضانة]

قال أبو الحسن: ومن كان من عصبتها لا يؤمن عليها لفسقه ومجانته لم يكن له فيها حق؛ وذلك لأن في كفالته لها ضررًا عليها، والولاية تسقط للضرر.

قال محمد: ولا حق للعصبة فيه إلا أن يكون علىٰ دينه، وهذا [علىٰ] قول



أبي حنيفة وقياسه؛ وذلك لأن اختلاف الدِّيْنِ يمنع التعصيب والحق يثبت للعصبة.

وقد قالوا في الأخوين إذا كان أحدهما مسلماً والآخر يهودياً والصبي يهودي، فاليهودي أولىٰ به؛ لأنه عصبته دون المسلم.

١٨٥٩ ـ فَصْل: [الحضانة إذا كثرت الحاضنات]

وسئل محمد عن النساء إذا اجتمعن ولهن أزواج؟ قال: يضعه القاضي حيث شاء؛ وذلك لأنه لا حق لهن، فصار كمن لا قرابة له.

١٨٦٠ ـ فَصْل: [حضانة أم الولد والزوجة الأمة]

قال: وأم الولد والزوجة [الأمة] سواء في الحضانة إذا أعتقت.

قال الشيخ ﵀: [وجملة] هذا: أن الأمَة وأم الولد لا حق لهما في حضانة الولد [١٦٩/أ] الحر؛ لأن الحضانة ضرب من الولاية، ولا حق للإماء في الولايات، فأما إذا أعتقت فهي في الحضانة كالحرة؛ لأن الولاد موجود وهي من أهل الولاية.

١٨٦١ ـ فَصْل: [حضانة أهل الذمة]

قال: وأهل الذمة في هذا بمنزلة أهل الإسلام؛ وذلك لأن الحق يثبت للأم لمنفعة الصغير، وهذا المعنىٰ يوجد مع الكفر كالولاية في المال (من الأب)[١]، فأما إذا كانت الأم كافرة والولد مسلمًا فقد ذكر في الأصل أنها في الحضانة كالمسلمة، وكان أبو بكر الرازي يقول: إنها أحق بالصغير والصغيرة حتىٰ يعقلا،

---

(١) ساقطة من أ.

فإذا عقلا سقط حقها ؛ لأنها تعودهم أخلاق الكفر ، وفي ذلك ضرر عليهما ، فسقط حقها للضرر[1] .

١٨٦٢ـ فَصْل : [حضانة المرتدة]

ولا حق للمرتدة في الولد ؛ وذلك لأنها تحبس ، فلو ثبت لها [حق] الحضانة لاستضرَّ الصغير بالحبس .

١٨٦٣ـ فَصْل : [الحضانة في حال بلوغ الغلام والجارية]

وإذا بلغت الجارية مبلغ النساء ولم تكن مأمونة على نفسها ، فللأب أن يضمها إليه وإن أبت ؛ لأنه لا يؤمن [المَعَرَّة][2] منها ، فله أن يحفظها حتى لا تُلحق به شيئاً ، فإن كانت مأمونة بِكْراً ضمّها إلى نفسه ؛ لأنها لم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع ، فإن كانت ثيباً فلا حق له فيها ؛ لأنها قد اختبرت الرجال وأمنت الخداع .

فأما الغلام إذا [بلغ و] عقل واجتمع رأيه واستغنى عن الأب ، فإن كان مأموناً فلا حق للأب في إمساكه ، كما ليس له أن يمنعه من ماله ، فإن كان غير مأمون ، فله أن يضمه [إلى نفسه] حتى لا يلحق به شيئاً .

قال: وليس عليه نفقته إلا أن يتطوع ؛ لأن الرجل البالغ الصحيح لا يجب نفقته على أبيه ، وسنبين ذلك في النفقات[3] .

---

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٣٨ .

(٢) في ب (المعيرة) ، والمثبت من أ. «والمَعَرَّة: المَسَاءة ، والمَعَرَّة: الإثم». المصباح (عَرّ) .

(٣) انظر: البحر الرائق ٤/١٨٦ .



بَابُ
المرأة تخرج بولدها إلى بلد آخر

قال: وجملة هذا الباب أن المرأة لا يجوز لها أن تخرج بولدها إلىٰ بلد آخر، إلا أن تكون مبتوتة تخرجه إلىٰ بلدها وقد وقع النكاح فيه، أو تخرجه إلىٰ مكان يقدر أبوه علىٰ مشاهدته والعود قبل الليل، ونحن نُبَيِّنُ تفصيل هذه الجملة.

قال أبو الحسن: قال محمد: إذا أراد الرجل أن يخرج من بلده فأراد أخذ ولده الصغير، لم يكن له ذلك حتىٰ يبلغ ما وصفت لك؛ لأنا قد قدمنا أن الأمَّ أحق به منه، فإذا أراد أخذه ليسقط حقها لم [يُمَكَّنْ من ذلك][1].

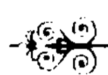
قال محمد: وإن أرادت امرأة ممن لها الحضانة أن تخرج من المصر الذي هي فيه إلىٰ غيره إلىٰ آخر ما ذكره، وهذا لا يخلو: [إما][2] أن تكون زوجة، أو مطلقة، فإن كانت زوجة فللزوج أن يمنعها من الخروج، سواء كان معها ولد أو لم يكن؛ لأن عليها المقام في دار زوجها، وإن كانت مبتوتة فأرادت أن تخرج إلىٰ بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك؛ لأن الإنسان إذا تزوج في بلد فالظاهر أنه يقيم فيه، فقد التزم لها المقام في بلدها، وإنما لزمها اتباعه بحكم الزوجية، فإذا زالت جاز أن يعود؛ لأنه رضي بذلك[3].

---

(١) في ب (لم يكن له ذلك)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (لا يخلو أن تكون) والزيادة من أ.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص٤١٦.




١٨٦٤ ـ فَصْـل: [طلب الأم نقل الابن إلىٰ بلدها]

فإن أرادت أن تنقله إلىٰ بلدها، وقد وقع النكاح في غيره فليس لها ذلك؛ لأن الأب لم يلتزم لها المقام في بلدها، فلا يجوز لها أن تفرق بينه وبين ولده من غير التزامه.

وقد روي عن شريح أنه قال: إذا تفرقت الدار فالعَصَبَة [١٦٩/ب] أحق بالولد، وإن وقع النكاح في غير بلدها فأرادت أن تنقله إلىٰ البلد الذي وقع النكاح فيه، فليس لها ذلك؛ لأنه ليس بوطنها وإنما هو دار غربة، كما أن البلد الذي فيه الزوج دار غربة، فإذا تساويا لم يجز لها النقل، فإن أرادت نقل الصبي إلىٰ بلد آخر وبين البلدين ما يقدر الأب أن [يسير][1] إليه ويعود إلىٰ منزله قبل الليل فلها ذلك؛ لأنه لا يلحق الأب ضرر بهذا الانتقال إلا كما يلحقه بالنقل في محال المصر وأقطاره، وأما أهل السواد إذا أرادت المرأة أن تنتقل بالصبي إلىٰ (قريتها)[2]، وقد وقع النكاح فيها، فلها ذلك لما قدمنا في البلد، فإن كان النكاح وقع في غيرها فليس لها نقله إلىٰ (قريتها)[3]، ولا إلىٰ القرية التي وقع فيها النكاح إذا كانت بعيدة لما بينا في البلدين، وإن كان بين القريتين قرب يمكن الأب النظر إلىٰ الصبي والعود قبل الليل فلها ذلك؛ لأنه لا ضرر في النقل، وإن كان الأب في المصر فأرادت نقل ولده إلىٰ السواد وقد تزوجها فيه، فلها ذلك؛ لأن الأب التزم المقام في مكان النكاح إذا كان وطن المرأة، وإن أرادت نقله من المصر إلىٰ قرية قريبة من المصر يمكن الأب النظر إلىٰ ولده والعود قبل الليل ـ ولم يقع

---

(١) في ب (يصير) والمثبت من أ.

(٢) في أ (قومها).

(٣) في أ (قومها).

أصل النكاح في هذه القرية ـ فليس لها ذلك ؛ لأن أخلاق أهل السواد أجفىٰ من أخلاق أهل المصر ، فإذا نقلت الصبي [تعوّد تلك] [1] الأخلاق ، فلم يجز لها ذلك إذا لم يكن الأب قد التزمه.

١٨٦٥ ـ فَصْل: [نقل الأم ولدها إلىٰ دار الحرب]

وليس للمرأة أن تنقل ولدها إلىٰ دار الحرب وإن كان قد تزوجها فيها ؛ لأن في ذلك ضررًا علىٰ الصَّبِيِّ ؛ لأنه يتعود أخلاق الكفار وينشأ معهم.

وقد ذكر محمد في الجامع الصغير مسألة النقل وأبهمها فقال: إنما أنظر في هذا إلىٰ الموضع الذي وقع فيه عقد النكاح ، والصحيح ما ذكرناه من التفصيل ، وقد بينه في غير الجامع الصغير [2].

١٨٦٦ ـ فَصْل: [تخيير الولد بين الأب والأم]

وإذا اختلف الأب والأم في الولد: لم يخير قبل البلوغ ، فإذا بلغ خيّر ، وقال الشافعي: يخيّر الغلام إذا عقل التخيير [3].

لنا: قوله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**» [4]، ولأن مصالح الصغير لا يرجع فيها إلىٰ اختياره كمصالح ماله ، فلأنه يتخير شر الأبوين ، وهو الذي يهمله ويترك تأديبه ، فلم يجز الرجوع إلىٰ اختياره.

---

(١) في ب (بعد ذلك) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الجامع الصغير ص٣٣٨.

(٣) انظر: المهذب ٤/٦٤٩.

(٤) سبق تخريجه.

فأما ما روىٰ أبو هريرة أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت: طلقني زوجي وإنه يريد أن ينتزع ابنه مني، وإنه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عِنَبَة، فقال: «**استهما عليه**»، فقال الرجل: من يشاقني في ابني، فقال النبي ﷺ للغلام: «**اختر أيهما شئت**»[1] فاختار أمه، فأعطاها إياه، فهذا كان بالغاً [١٧٠/أ] بدلالة أنها قالت: نفعني [بمعنىٰ] (كسب علي)، وقد قيل: إن بئر أبي عِنَبَة بالمدينة، لا يمكن الصغير الاستقاء منها، يبيّن ذلك ما روىٰ عمارة بن ربيعة المخزومي قال: (غزا أبي نحو البحر فقتل، فجاء عمي ليذهب بي، فخاصمته أمي إلىٰ عليّ رضي الله عنه ومعي أخ لي صغير، فخيّرني عليّ ثلاثًا، فاخترت أمي، فأبىٰ عمي أن يرضىٰ، فوكزه عليّ بيده وضربه بدرته، وقال: لو بلغ هذا الصبي أيضاً خيّر)[2]، فهذا يدل علىٰ أن التخيير يقف علىٰ البلوغ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٧٧)؛ والحاكم في المستدرك، ١٠٨/٤؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٣/٨.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، ١٨٠/٤.

|٤٨| بَابُ
الرضاع

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الرضاع[١] عندنا سبب من أسباب التحريم [وهي] علىٰ ضروب: منها النسب، ومنها النكاح كامرأة الأب وامرأة الابن، ومنها الوطء كمن وطئ جارية بملك اليمين حرمت عليه أمها وابنتها، وقد دللنا علىٰ هذه الأقسام في أول كتاب النكاح.

فأما الرضاع فهو سبب من أسباب التحريم، وقد دل عليه قوله تعالىٰ ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، وقال ﷺ: «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**»[٢].

١٨٦٧ ـ فَصْل: [تعلق التحريم بالرضاع]

والرضاع عندنا يتعلق به التحريم في جهة[٣] المرضعة، وفي جهة الواطئ الذي نزل اللبن من وطئه، فأما المرضعة فقد دل علىٰ تحريمها قوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ فالمرضعة أم للمرضع، وأولادها إخوة[٤] له لا يحل له أن يتزوج شيئاً من ولدها ولا ولد ولدها، كما لا يجوز [له] أن يتزوج

(١) «الرضاع في اللغة: المص، وفي الشرع: عبارة عن إرضاع مخصوص يتعلق التحريم». الجوهرة ١٠/٣٤؛ وفي اللباب: «مص لبن آدمية في وقت مخصوص».

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٠٢)، وغيره من أصحاب السنن.

(٣) في أ (جنبه).

(٤) وفي أ زيادة (أخوات).

بأخواته ولا بنات إخوته وأخواته، وأمهاتها حرام عليه؛ لأنهن جداته من الرضاع، وأخواتها خالاته يحرمن عليه، ويحل له تزوج بناتهن كما يجوز في النسب، وكذلك إن كانت المرضَعة بنتًا لم يجز لأخ المرضِعة تزوجها؛ لأنه خالها من الرضاع كخالها من النسب، ولا يجوز للمرضع أن يتزوج بمن أرضعته المرضعة؛ لأنهن أخواته[1].

وأصل ذلك: أن كل اثنين اجتمعا على ثدي واحد، فهما أخوان لا يجوز لأحدهما أن يتزوج بالآخر ولا بولده، فأما التحريم من جهة الرجل فهو الذي يسميه الفقهاء لبن الفَحْلِ، ومعناه: أن المرضعة تحرِّم مرضَعَها على زوجها لأنهن بناته، وكذلك لو كان للرجل امرأتان فحملتا منه، وأرضعت كل واحدة منها صغيراً أجنبياً، فقد صارا أخوين من أب، فإن كانت إحداهما أنثى لم يجز [لها] أن تتزوج بالآخر؛ لأنه أخوها من أبيها، فإن كانتا [بنتين][2] لم يجز لرجل واحد أن يجمع بينهما؛ لأنهما أختان من أب، فإن أرضعت امرأة صغيرين فهما أخوان لأب وأم، فاعتبر التحريم من جهة المرضعة تارة ومن جهة زوجها أخرى، وينتسب إلى المرضع قرابات الزوج كما ينتسب إليه قرابات الأم، فأخوات الزوج عماته لا يحل له مناكحتهن، ويجوز له مناكحة أولادهن، فأمّ الزوج جدته، تحرم عليه كما تحرم الجدة من النسب، ولا يحل لهذا المرضَع أن يتزوج امرأة وطئها الزوج، كما لا يجوز له أن يتزوج بامرأة أبيه، ولا يجوز للزوج أن يتزوج امرأة وطئها هذا المرضع؛ لأنها حليلة [ابنه][3] من الرضاع، فهي كامرأة ابنه من

(١) انظر: الأصل ٣٥٩/٥ وما بعدها.
(٢) في ب (اثنتين) والمثبت من أ.
(٣) في ب (أبيه) والمثبت من أ.

النسب، هذا تفسير لبن الفحل.

فأما الدليل على وقوع التحريم به فلقوله ﷺ: «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**»[1] ومعلوم أن النسب يتعلق به التحريم من الجهتين[2].

وروى مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة بن الزبير عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «**يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة**»[3].

وروى مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة أن عائشة أخبرتها أن رسول الله ﷺ كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة، قالت عائشة: فقلت: يا رسول الله هل هذا الرجل يستأذن في بيتك، فقال: «**أراه فلاناً لعم حفصة من الرضاع**» فقلت: يا رسول الله لو كان فلان حياً عمي من الرضاعة لكان يدخل علي؟ فقال: «**نعم، إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة**»[4].

وروى مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: (جاء عمي من الرضاعة فاستأذن عَلَيَّ فأبيت أن آذن له حتى أسأل رسول الله ﷺ، فسألته عن ذلك فقال: «**إنه عمك فأذني له**» فقلت: يا رسول الله، إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل، فقال رسول الله: «**إنه عمك فليلج عليك**»، قالت: وذلك بعد أن ضرب علينا الحجاب)[5]، وكان الداخل عليها أفلح بن أبي قعيس أرضعتها امرأة أخيه، والعم من الرضاع لا يكون إلا من لبن الفحل.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٨١٠)؛ ومسلم (١٤٤٥).

(٢) في أ (الجنبتين).

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٠٣)؛ ومسلم (١٤٤٤).

(٤) أخرجه البخاري (٤٩٤١)؛ ومسلم (١٤٤٤).

(٥) أخرجه البخاري (٤٩٤١)؛ ومسلم (١٤٤٥).

وقد روىٰ الزهري عن عروة عن عائشة في هذا الخبر أن النبي ﷺ قال لها: «**ائذني له فإنه عمك**» قلت: وكيف يكون عمي وإنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل؟ قال: «**تربت يمينك ائذني له فإنه عمك**»(١)، وروي عن أم حبيبة أنها قالت: يا رسول الله، هل لك في حمنة ابنة أبي سفيان قال: فأصنع ماذا؟ قالت تتزوجها لقد أخبرت أنك أردت زينب بنت أبي سلمة، فقال رسول الله ﷺ: «**لو لم تكن ربيبتي في حِجري، إنها لابنة أخي أرضعتني، وأباها فلانة، فلا تعرضن عليّ أمهاتكن ولا بناتكن ولا أخواتكن ولا عماتكن**»(٢).

وروي عن عَلِيٍّ أنه قال: سلوني، فسأله ابن الكواء: عن بنت الأخ من الرضاعة، فقال عَلِيٌّ: ذكرت لرسول الله ﷺ ابنة حمزة، فقال: «**هي ابنة أخي من الرضاعة**»(٣).

وروي عن علي قال: قلت: يا رسول الله، مالك تَنَوَّق في قريش وتدعنا، قال: «**وعندكم شيء**» قال: قلت: نعم، ابنة حمزة، فقال: [١٧١/أ] «**لا تحل لي إنها بنت أخي من الرضاعة**»(٤)، ولأن الزوج سبب في نزول اللبن فتعلق به التحريم كما يتعلق [بالوالد](٥) لما كان سبباً في الولد.

واحتج من خالف بأن الرجل لو نزل له لبن فارتضعت صبية منه لم تحرم عليه، فإذا لم يثبت [له] التحريم بفعله، لم يثبت له بفعل غيره. وهذا ليس

(١) أخرجه البخاري (٤٥١٨)؛ ومسلم (١٤٤٥).
(٢) أخرجه البخاري (٤٨١٣)؛ ومسلم (١٤٤٩) بلفظ (ثوبية).
(٣) أخرجه البخاري (٢٥٠٢)؛ ومسلم (١٤٤٦).
(٤) أخرجه مسلم (١٤٤٦).
(٥) في ب (بالولادة) والمثبت من أ.

بصحيح؛ لأن [لبن][1] الرجل لا يسمىٰ رضاعاً، ولا يكتفي به الصبي في الغالب، والحكم يتبع هذا المعنىٰ، ولا يقال: إن الله تعالىٰ ذكر التحريم من جنبة النساء، فلو تعلق بجنبة الرجال تحريم لذكره كما ذكره في النسب الجنبتين؛ وذلك لأن الله تعالىٰ تارة يبين الحكم بالنص وتارة بالتنبيه بحسب المصلحة، علىٰ أن النبي ﷺ قد بين ذلك، والأحكام كلها لا تقف علىٰ القرآن، وإذا ثبت أن التحريم يثبت من جهة[2] الرجال، صار زوج المرضعة أباً، فيتعلق به وبأنسابه وزوجاته من التحريم ما يتعلق بالنسب.

١٨٦٨ـ فَصْل: [الرضاع الموجب للتحريم]

[قال]: والرضاع الموجب للتحريم ما كان في الصِّغَرِ، فأما رضاع الكبير فلا يتعلق به التحريم والدليل علىٰ ذلك قوله ﷺ: «**الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم**»[3]، وقال ﷺ: «**الرضاع من المجاعة**»[4]، وهذا يدل أن التحريم يتعلق بالرضاع إذا اكتفىٰ الصغير به في الغذاء؛ لأنه لا ينبت اللحم وينشز العظم في حال الكبر، ولأن الكبير لا يكتفي باللبن في الغذاء فصار كلبن الشاة.

وقد روىٰ جابر أن النبي ﷺ قال: «**لا رضاع بعد فِصال، ولا يُتْمَ بعد حُلُم، ولا صمت يوماً إلىٰ الليل بغير كلام، ولا وِصال في صيام، ولا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتاق إلا بعد ملك، ولا وفاء بنذر في معصية، ولا يمين في قطيعة**

(١) في ب (إرضاع) والمثبت من أ.
(٢) في أ (جنبة).
(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٤٣٢/١؛ وابن أبي شيبة في المصنف، ٥٤٨/٣.
(٤) أخرجه البخاري (٢٥٠٤)؛ ومسلم (١٤٥٥).



رحم، [**ولا تعرب بعد الهجرة**][(١)]، **ولا هجرة بعد الفتح**»[(٢)]، وأما حديث سهلة فقد روي أن أبا حذيفة بن عتبة وكان من أصحاب رسول الله ﷺ، وشهد بدراً وكان قد تبنىٰ سالماً الذي يقال له سالم مولىٰ أبي حذيفة، كما تبنىٰ رسول الله ﷺ زيد بن حارثة، وأنكحه ابنة أخته فاطمة ابنة الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهي يومئذ أفضل أيامىٰ[(٣)] قريش، فلما أنزل الله تعالىٰ: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٥] [ردّ كل واحد منا مَن تبناه إلىٰ أبيه]، فإن لم يعلم أبوه رد إلىٰ مواليه، فجاءت سهلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة بن عامر بن لؤي إلىٰ رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، كنا نرىٰ سالماً ولداً وكان يدخل علي وليس لنا إلا بيت واحد، فماذا ترىٰ في شأنه؟، فقال لها رسول الله ﷺ: «**أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنك**»[(٤)]، فكانت تراه ابناً من الرضاعة، [١٧١/ب] [فأخبرت][(٥)] بذلك عائشة، فمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال، كانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر، وبنات أختها أن يرضعن من أحبت أن يدخل عليها من الرجال، وأبىٰ سائر أزواج النبي ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحدٌ من الناس، وقلن ما نرىٰ الذي أمر به النبي ﷺ سهلة بنت سهيل إلا رخصة في سالم وحده)[(٦)]، فلا دلالة في هذا الخبر؛ لأنه منسوخ بقوله ﷺ: «**لا رضاع**

---

(١) في ب (ولا لغوب بعد المعجزة) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه المقدسي في المختارة، وقال: «إسناده حسن»، ٣٠٤/٢؛ قال الهيثمي: «روىٰ أبو داود بعضه، ورواه الطبراني في الأوسط، وفيه مطرف بن مازن، وهو ضعيف»؛ وعبد الرزاق في المصنف، ٤٦٤/٧.

(٣) الأيَامَىٰ ـ جمع الأيِّم: العَزَبُ رجلاً كان أو امرأة، قال الصَّغَاني: وسواء تزوّج من قبل أو لم يتزوّج، فيقال: رجل أيِّم وامرأة أيِّم». المصباح (أيم).

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ٢٨/١٠.

(٥) في ب (فأخذت) والمثبت من أ.

(٦) أخرج البخاري جزءاً منه (٤٨٠٠)؛ وأبو داود بكامله (٢٠٦١)؛ ومالك في الموطأ (١٢٦٥)؛=

بعد الفصال» ، وبقوله: «**الرضاع ما أنبت اللحم**» .

فأما مذهب عائشة فهو معارض بمذهب بقية الزوجات ، [وقد خالفها في ذلك عامة][1] أصحاب رسول الله ﷺ ، فقال علي: لا رضاع إلا ما كان في الحولين ، وقال: لا رضاع بعد الفصال ، وقد روي أن رجلاً من أهل البادية ولدت امرأته فمات ولدها فورم ثديها ، فجعل يمصه ويمجه فدخلت جرعة منه حلقه ، فجاء إلىٰ أبي موسىٰ فسأله ، فقال: حرمت عليك ، فجاء إلىٰ عبد الله بن مسعود فسأله ، فقال: سألت عنها أحداً؟ فقال: سألت أبا موسىٰ الأشعري فقال: حرمت عليك ، فجاء إلىٰ أبي موسىٰ فقال: أما علمت أنه إنما يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم ، فقال أبو موسىٰ: لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحِبْرُ بين أظهركم[2] .

وقال أبو هريرة: (**لا رضاع إلا ما فتق به الأمعاء ، وكان غذاء له قبل الطعام**) .

وعن ابن عمر أن رجلاً جاء إلىٰ عمر فقال: كانت لي وليدة أطَؤُها فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها ، فدخلت عليها فقالت: دونك ، فقد والله أرضعتها ، فقال عمر: (واقعها فهي جاريتك ، فإنما الرضاعة رضاعة الصغير)[3] .

١٨٦٩ ـ فَصْل: [التحريم في قليل الرضاع وكثيره]

وقليل الرضاع وكثيره يثبت التحريم في حال الصغر ، وقال الشافعي: لا يثبت

= وابن حبان في صحيحه ، ١٠/٢٨ ؛ والبيهقي في الكبرىٰ ، ٧/٤٥٩ .

(١) في ب (وعلىٰ ذلك علما) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ، ١/٤٣٢ ؛ والبيهقي في الكبرىٰ ، ٧/٤٦١ ؛ وعبد الرزاق في المصنف ، ٧/٤٦٣ ، وغيرهم.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (١٢٦٦) ؛ والبيهقي في الكبرىٰ ، ٧/٤٦١ .



التحريم إلا بخمس رضعات[(١)]، وقال نفاة القياس: ثلاث رضعات[(٢)].

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] ولم يفصل، وروي عن عَلَيٍّ رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**يحرم من الرضعة ما يحرم الحولان الكاملان**».

ذكر أبو الحسن في الجامع الصغير: وروي أن قتادة كتب إلىٰ إبراهيم يسأله عن الرضاع، فكتب إليه أن علياً وعبد الله كانا يقولان: كثيره وقليله يُحرّم.

وعن أبي الزبير قال: أمرني عطاء بن أبي رباح أن أسأل ابن عمر عن الرضعة الواحدة أو قال: المصة الواحدة، فقال: لا يصلح، فقيل له: إن ابن الزبير كان يرخص فيها، فقال: قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير[(٣)]، حَرّم الله الأخوات من الرضاع، ولأنه سبب لتحريم مؤبد، فلا يعتبر فيه التكرار كالوطء، وأما قوله ﷺ: [١٧٢/أ] «**لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان**»[(٤)]، فإنما ورد في رضاع الكبير بدلالة أن التحريم يثبت في حق البالغ دون الطفل، وبدلالة ما روت أم الفضل قالت: دخل أعرابي علىٰ النبي ﷺ وهو في بيتي فقال: إني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرىٰ، فزعمت امرأتي الأولىٰ أنها أرضعت امرأتي الحدثىٰ رضعة أو رضعتين، فقال النبي ﷺ: «**لا تحرم الإملاجة**

---

(١) انظر: مختصر المهذب ص٢٢٧؛ المهذب ٤/٥٨٤.

(٢) بل قال ابن حزم: «ولا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات، وما تقطع كلّ رضعة من الأخرىٰ..». المحلىٰ ص١٦٥٢.

وما ذكره المؤلف روي عن أبي ثور: يثبت بثلاث رضعات. كما في المهذب ٤/٥٨٤

(٣) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد، ٨/٢٧٠؛ والطحاوي في شرح مشكل الآثار، ١١/٤٩٣.

(٤) أخرجه المقدسي في المختارة، ٣/٧٠؛ وأبو داود (٢٠٦٣)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٥٤٦٧)؛ وابن ماجه (١٩٤٠)؛ وابن حبان في صحيحه، ١٠/٣٩.



ولا الإملاجتان»[1]، فثبت أنه في رضاع الكبير، وقد نسخ ذلك باتفاق منا.

وأما حديث عَمْرة عن عائشة قالت: (**كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يُحَرِّمن، ثم نسخن بخمس معلومات يحرمن، فتوفي رسول الله ﷺ وهي على ما تقرأ من القرآن**)[2] فحديث ضعيف[3]؛ لأن اتفاق الأمة على إسقاط ذلك من التلاوة يدل على نسخه؛ لامتناع أن يتركوا شيئًا من تلاوة من القرآن.

وقد روى القاسم بن محمد عن عمرة عن عائشة قالت: (**كان فيما أنزل من القرآن ثم سقط أنه لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس رضعات معلومات**)[4]، فقد أخبرت بسقوط الأمرين؛ ولأن هذا كان في رضاع الكبير بدلالة أن التحريم في الحقيقة لا يثبت إلا في حقه، وليس يمتنع أن يختلف رضاع الكبير والصغير؛ لأن الكبير لا يكتفي من الغذاء بما يكتفي به الصغير.

١٨٧٠ - فَصْل: [الحد الفاصل في رضاع الصغير]

فإذا ثبت أن رضاع الكبير لا يثبت به التحريم، ورضاع الصغير يثبت به التحريم، احتجنا إلى الحد الفاصل بين الأمرين: فقال أبو حنيفة: يثبت حكم الرضاع في الصغير إلى ثلاثين شهراً، فما ارتضع بعدها لم يتعلق به حكم[5].

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه ٢٧٧/١؛ والطبراني في الكبير ٢٢/٢٥؛ والإمام أحمد في المسند ٣٤٠/٦.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٥٢)؛ وابن حبان في صحيحه، ٦٣/١٠.

(٣) فقوله: (حديث ضعيف) باعتبار المعنى كما وضح ذلك بنسخة، وأما من حديث الثبوت، فالحديث في صحيح مسلم وغيره.

(٤) أخرجه ابن ماجه (١٩٤٢).

(٥) انظر: الأصل ٣٧٠/٤.

وقال أبو يوسف ومحمد: إلىٰ الحولين، وهو قول الشافعي[1]، وقال زفر: إلىٰ ثلاث سنين[2].

وجه قول أبي حنيفة: قوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فأثبت الفصال بعد الحولين بتراضيهما، وهذا يمنع وقوع الفصال قبل التراضي؛ ولأنها مدة لانتقال الصبي من حال إلىٰ حال لها نادر ومعتاد، فإذا جاز أن يزاد علىٰ نادرها جاز أن يزاد علىٰ معتادها كمدة الحمل؛ ولأن مدة الحمل لما جاز أن يُقَدَّرَ بالسنتين وستة أشهر، جاز أن يقدر الرضاع بالأمرين.

وجه قولهما: قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وقال ﷺ: «**لا رضاع بعد الحولين**»[3].

وجه قول زفر: أن السَّنة الثالثة لما ثبت [التحريم بالرضاع][4] في ابتدائها ثبت في [انتهائها][5] كالسنة الأولىٰ والثانية.

١٨٧١ - فَصْل: [الرضاع بعد الفطام في مدة الرضاعة]

وقد اختلف أصحابنا: فيمن فصل في مدة الرضاع ثم سقىٰ بعد الفصال في المدة، علىٰ قول كل واحد منهم فيها: فروىٰ محمد عن أبي حنيفة: أن ما كان من [١٧٢/ب] رضاع في ثلاثين شهراً قبل الفطام أو بعده فهو رضاع يحرم.

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٢٧؛ المهذب ٤/٥٨٣.
(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٢٣٧؛ الأم ٥/٢٨ (دار المعرفة).
(٣) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ موقوفًا عن ابن عباس، وقال: «هو صحيح موقوف»، ٧/٤٦٢؛ وابن أبي شيبة عن ابن مسعود ﷺ، ١/٢٨١؛ انظر: الدراية، ٢/٦٨.
(٤) في ب (تحريم الرضاع) والمثبت من أ.
(٥) في ب (بقيتها) والمثبت من أ.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة قال: إذا فطم في السنتين [حتىٰ استغنىٰ بالطعام، ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين] أو الثلاثين شهراً، لم يكن ذلك رضاعاً؛ لأنه لا رضاع بعد فطام[1]، وإن [كانت] هي فطمته فأكل أكلاً ضعيفاً لا يستغني به عن الرضاع، ثم عاد فارتضع كما ارتضع أولاً في الثلاثين الشهر فهو رضاع يحرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم.

وروىٰ محمد وأصحاب الإملاء عن أبي يوسف: أنه إذا فطم قبل الحولين ثم ارتضع في بقية الحولين فهو رضاع، وهو مذهب محمد، كان لا يعتد بالفطام إلا بعد الحولين.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي يوسف: أنه إذا ارتضع بعد الفطام في الحولين لم يكن رضاعاً.

وجه قول أبي حنيفة وإحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف قوله ﷺ: «**لا رضاع بعد الفصال**»، ولأن المدة المقدرة إنما (قدرت)[2] لأن الصبي يستغني عن الرضاع بعدها، فإذا فصل[3] واستغنىٰ صار كمضي المدة.

وأما رواية الحسن فلا تخالف الرواية الأخرىٰ؛ لأنه لم يتم الفطام إذا لم يكتف بالغذاء، والخلاف في الفطام إذا [تمّ][4] واكتفىٰ الصبي بالغذاء.

وجه الرواية الأخرىٰ عن أبي يوسف وهو قول محمد: أن هذه المدة مقدرة

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٣٥٥؛ ٣٥٥.

(٢) في أ (وردت).

(٣) في أ (فطم).

(٤) في ب (صح) والمثبت من أ.

للرضاع، فصار ما بعد الفصال وقبله سواء؛ ولأن الصبي في العادة يكتفي فيها بغذاء اللبن وإن فطم في هذه المدة، فصار وجود الفطام وعدمه سواء.

١٨٧٢ - فَصْـل: [السعوط والوجور رضاع]

وسواء عندنا أن يصل اللبن إلىٰ جوف الصبي من ثَدْيٍ أو مِسْعَطٍ[١] أو غيره؛ وذلك لأن المعتبر حصول الغذاء باللبن، وهذا المعنىٰ موجود، والسَّعُوط والوَجُور رضاع؛ وذلك لأن الوجور يصل إلىٰ الجوف، والسعوط يصل إلىٰ الدماغ، وهو في حكم الجوف فيقع به التغذي.

ولا فرق بين البكر المرضعة والثيب، ومن لها زوج ومن لا زوج لها؛ لأن الغذاء يحصل للصبي في الأحوال كلها، وهو المعنىٰ الذي يتعلق به التحريم[٢].

١٨٧٣ - فَصْـل: [وقوع التحريم بلبن الميتة]

ولا فرق عندنا بين لبن الحية والميتة في وقوع التحريم به، وقال الشافعي: إذا حُلب اللبن بعد الموت لم يقع به التحريم[٣].

لنا: أن اللبن بعد الموت علىٰ ما كان عليه قبله إلا أنه في وعاء نجس، وذلك لا يمنع وقوع التحريم، كما لو حلب من الحية في ظرف نجس أو خلط به خمراً، ولأن الميتة بطل[٤] فعلها، وفعل المرضعة غير معتبر بدلالة ارتضاع

---

(١) «السَّعُوط: الدواء الذي يُصَبّ في الأنف». المغرب (سعط).
«الوَجُور: الدواء الذي يُصَبُّ في وسط الفم». المغرب (وجر).
(٢) انظر: الأصل ٤/٣٧٠.
(٣) انظر: البدائع ٤/٨؛ الأم ص ٨٩٤ (الدولية).
(٤) في أ (فقد).

الصبي منها وهي نائمة، ولا يعتبر التحريم بلبن الميتة في التحريم بوطء الميتة؛ لأن المقصود من اللبن التغذي والموت لا يمنع من ذلك، والمقصود من الوطء اللذة المعتادة، وذلك لا يوجد في وطء الميتة(١).

١٨٧٤ ـ فَصْل: [حقن الصبي باللبن]

قال: فإن حُقن الصبي باللبن لم يحرّم، ولم يحك خلافاً، وروي عن محمد: أنه يحرم.

وجه قولهم المشهور: أن الحقنة(٢) تصل [١٧٣/أ] إلى الأمعاء الثانية، والغذاء يكون في الأمعاء الأولى فلا يقع التغذي ولا يحرم.

وجه قول محمد: أنه قد وصل إلى الجوف؛ [ولذلك](٣) يقع الفطر به فصار كما يصل من الفم.

١٨٧٥ ـ فَصْل: [أثر قطر اللبن من الأذن]

وأما إذا أقطر من أذنه لم يثبت التحريم؛ لأنه لا يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الخرق في الأذن فلا يثبت به التحريم، وكذلك إذا أقطر في إحليله؛ لأن ذلك لا يصل إلى الجوف، وأكثر ما فيه يصل إلى المثانة، وكذلك إذا أقطر في جائفة أو آمَّةٍ؛ وذلك لأن الغذاء لا يحصل بما يصل من الجراح، فلا يعتد به في التحريم.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٣٥٨.

(٢) والحقنة: من «حَقَن المريضَ: داواه بالحُقْنَةِ». أي: أوصل الدواء إلى جسمه عن طريق الدبر، بالمِحْقَنَة». انظر: المغرب؛ المعجم الوجيز (حقن).

(٣) في ب (وكذلك) والمثبت من أ.

١٨٧٦ ـ فَصل: [أثر اختلاط اللبن بغيره في الرضاع]

فأما إذا اختلط اللبن بغيره فهو على وجوه:

إذا اختلط بالطعام فمسته النار حتى نضج أو طبخ بأُرْزٍ لم يتعلق به التحريم في قولهم؛ لأنه استحال [بالطبخ] وزال عن صفته، فإن اختلط به الطعام ولم تمسه النار والطعام هو الغالب لم يثبت به التحريم؛ وذلك لأن الطعام إذا غلب [عليه] سلب قوته وزال معنى اللبن منه، فلم يتعلق به التحريم، وإن كان اللبن غالباً للطعام وهو طعام يستبين ويعتد به، فإن التحريم لا يقع به عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يحرّم[١].

وجه قول أبي حنيفة: أن الطعام إذا وقع في اللبن فإن كان دونه فإنه يسلب قوته؛ بدلالة أنه يرق ويضعف في المشاهدة، فصار كالغالب عليه.

وجه قولهما: أن اللبن إذا كان غالباً فهو متبوع وغيره تبع، فلا يمنع التحريم كاللبن إذا غلب على الماء.

١٨٧٧ ـ فَصل: [أثر اختلاط اللبن بالدواء أو بالدهن]

وأما إذا خلط اللبن بالدواء أو الدهن أو النبيذ، فإن كان اللبن غالباً [يقع التحريم][٢]؛ لأن هذه الأشياء تجعل في اللبن لتوصله إلى مكان لا يصل إليه بنفسه، فوقوع التحريم مع المخالطة بها أولى، وأما إذا غلبه الدواء لم يقع به التحريم؛ لأن اللبن مغلوب فلا يقع به التغذي[٣].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٣٥٧؛ الهداية ١/٢٢٤.

(٢) في ب (حرم) والمثبت من أ.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص٣٥٨.



١٨٧٨ ـ فَصْل: [أثر خلط اللبن بالماء]

وأما إذا [خلطَ][1] اللبن بالماء فإن كان اللبن غالباً تعلق به التحريم؛ لأن الحكم له والماء تبع، فإن كان الماء غالباً لم يقع به التحريم، وقال الشافعي: إذا أقطر من الثدي مقدار خمس رضعات في حُبّ من ماء، فشرب منه الصبي تعلق به التحريم[2]، وهذا فاسد لأن النبي ﷺ علق التحريم بما [يقع][3] به التغذي، [والماء الغالب لا يتغذىٰ به الصبي][4] فلا يقع به التحريم.

١٨٧٩ ـ فَصْل: [اختلاط اللبن بلبن الشاة]

وأما إذا اختلط اللبن بلبن (شاة اعتبر الأغلب، فإن غلب لبن المرأة تعلق به التحريم، وإن غلب لبن الشاة)[5] لم يتعلق به التحريم[6]؛ لأن لبن الشاة لا يؤثر في التحريم كالماء.

١٨٨٠ ـ فَصْل: [أثر اختلاط لبن امرأتين في الرضاع]

وأما إذا اختلط لبن امرأتين فروىٰ محمد عن أبي يوسف: أن التحريم للأغلب، وروىٰ الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثله، وقال

---

(١) في ب (اختلط) والمثبت من أ.

(٢) ويدل عليه قول الشيرازي في خلط اللبن بغيره مطلقًا: «لأن ما تعلق به التحريم، إذا كان غالبًا تعلق به إذا كان مغلوبًا، كالنجاسة في الماء القليل». المهذب ٤/٥٨٩.

(٣) في ب (يتعلق) والمثبت من أ.

(٤) في ب (فالغالب اللبن لا يغذي الصبي).

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٦) انظر: مختصر القدوري ص٣٥٨.

محمد وزفر: يقع التحريم [منهما][1][2].

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الحكم يتعلق بالغالب، والمغلوب تبع فلا يعتد به [١٧٣/ب] كما لو غلب عليه غير اللبن.

وجه قول محمد: أن الشيء لا يصير مستهلكًا في جنسه، وإنما [يصير مستهلكًا][3] من غير جنسه، وإذا لم يستهلك [الأقل][4] تعلق التحريم بهما.

١٨٨١ - فَصْل: [ما يحرم بالرضاع]

قال: وإذا أرضعت المرأة صبياً حرم عليه ولدها، من تقدم منهم ومن تأخر، قصرت المدة أو طالت، من أرضعته بلبنه ومن لم ترضعه بلبنه؛ لأنها صارت أماً له فأولادها إخوته، والتحريم يتعلق بالإخوة من الرضاع كما يتعلق بالإخوة من النسب[5].

وقد قال أصحابنا: أن ما يتعلق به التحريم من النسب يتعلق به التحريم من الرضاع، إلا مسألتين:

- لا يجوز للرجل أن يتزوج أخت ابنه من النسب، ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع؛ وذلك لأن المانع من تزويج أخت ابنه وطؤه لأمها، وهذا [المعنىٰ] لا يوجد في الرضاع.

---

(١) في ب (فيهما) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الهداية ١/٢٢٤، ٢٢٥.

(٣) في ب (يستهلك) والمثبت من أ.

(٤) في ب (الأول) والمثبت من أ.

(٥) انظر: مختصر القدوري ص٣٥٦.

ـ والمسألة الثانية: لا يجوز للرجل أن يتزوج أم (أخته)[1] من النسب ويجوز من الرضاع؛ لأن المانع في [النسب][2] وطء أبيه لها، وهذا لا يوجد في الرضاع، فأما أخت أخته فيجوز أن يتزوجها من النسب فكذلك [من] الرضاع.

ويجوز أن يتزوج أم المرضَع؛ لأن المرضَع ابنه، ويجوز للإنسان أن يتزوج أم ابنه من النسب، وكذلك يتزوج بمحارم أب الصبي من الرضاع أو النسب كما يجوز أن يتزوج أمه، ولا بأس أن يتزوج المرضَع بنت أخي أبيه من الرضاع وبنت أخي أمه وبنت أختها؛ لأنها بنت عمته وبنت خالته وبنت خاله، وذلك يجوز من النسب وكذلك من الرضاع.

وقال محمد في الإملاء رواية الكيساني: لو تزوج رجل امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها، لم يحل له أن يتزوج أمها من الرضاعة؛ وذلك لأن العقد على المرأة يحرِّم أمها من النسب فكذلك من الرضاع.

قال: ولا يحل له أن يتزوج بنت امرأته من الرضاع إن كان دخل بها؛ وذلك لأن تحريم الربيبة من النسب تعلق بوطء الأم فكذلك الربيبة من الرضاع[3].

١٨٨٢ ـ فَصْل: [أثر بقاء لبن الزوج الأول في الرضاع]

وإذا طلق الرجل امرأته فانقضت عدتها ولها لبن منه، فتزوجت وحبلت من الثاني فأرضعت صبياً، قال أبو حنيفة: التحريم من الأول دون الثاني حتى تضع، فإذا وضعت فالتحريم من الثاني دون الأول[4].

---

(١) في أ (أخيه).

(٢) في ب (الرضاع) والمثبت من أ.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص٣٥٦.

(٤) انظر: الأصل ١٠/٢٨٣.

وقال أبو يوسف في الإملاء: إذا نزل لها لبن (من الثاني)[١]، فالتحريم للثاني وبطل الأول.

وروىٰ الحسن بن زياد عنه: أنها إذا حبلت فاللبن للثاني، وقال محمد: إذا نزل لها لبن، فالتحريم للزوجين، فإذا وضعت فالتحريم للثاني.

وجه قول أبي حنيفة: أن الحامل قد ينزل لها لبن وقد لا ينزل حتىٰ تضع، والتحريم متعلق بالأول، فلا يرتفع حتىٰ يحدث [سبب][٢] مثله، وأما زيادة اللبن فلا يدل علىٰ حدوث اللبن من الثاني؛ لأن اللبن قد يزيد بجودة [الغذاء][٣] [١٧٤/أ] وصحة البدن، فلم يجز أن نزيل التحريم بالشك.

وجه قول أبي يوسف[٤]: أن الحامل قد ينزل [لها لبن][٥]، فإذا زاد لبنها فالظاهر أنه حدث من الحمل الثاني؛ لأن المرضع كلما تمادىٰ زمانها قلَّ لبنها، فلما كثر عُلم أنه حادث، فيتعلق به التحريم.

وأما رواية الحسن عنه: فلأن الحبل يقطع اللبن الأول ويحدث عنده اللبن من الثاني (فيتعلق به التحريم.

وجه قول محمد: أن اللبن الأول باقٍ، والزيادة تدل علىٰ نزول)[٦] اللبن الثاني، فصار كلبنين خلطا، فتعلق التحريم بهما، فإذا وضعت انقطع اللبن الأول

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) في ب (نسب) والمثبت من أ.
(٣) في ب (الشراء) والمثبت من أ.
(٤) في أ زيادة (محمد).
(٥) في ب (اللبن) والمثبت من أ.
(٦) ما بين القوسين ساقطة من أ.



في الغالب، فتعلق الحكم بالثاني.

١٨٨٣ ـ فَصْل: [التحريم الطارئ بالرضاع على النكاح]

وقد بينا على ما ذكره أبو الحسن في الكتاب، وبينا حكم التحريم المتعلق بالرضاع السابق، ولم يبين أبو الحسن حكم التحريم الطارئ [بالرضاع] على النكاح.

وقد قال أصحابنا: لا فرق في التحريم بين الرضاع الطارئ والمتقدم، فقالوا فيمن تزوج صغيرة فأرضعتها أمه حرمت عليه؛ وذلك لأن هذا تحريم مؤبد فيستوي فيه الابتداء والبقاء[(١)].

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة قال: لو تزوج رجل صبيتين[(٢)] فجاءت امرأة فأرضعتهما معاً أو واحدة بعد الأخرى (صارتا أختين من الرضاعة وحرمتا عليه؛ وذلك لأنها إذا أرضعت إحداهما بعد الأخرى)، فإنما صارتا أختين بإرضاع الثانية، فكأنها أرضعتهما معاً، وتحريم الجمع بين الأختين يستوي فيه الابتداء والبقاء، ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر؛ لأن الفرقة حصلت قبل الدخول بغير فعلهما، ثم ينظر فإن كانت المرضِعة تعمدت الفساد رجع عليها الزوج بما غرم من المهر، فإن كانت لم تتعمد لم يرجع عليها[(٣)]، وقال الشافعي: تضمن مهر المثل في الوجهين جميعاً[(٤)].

---

(١) انظر: البحر الرائق ٣/٢٤٧.

(٢) في أ زيادة (رضيعتين) هنا.

(٣) انظر الأصل ١٠/٢٨٧.

(٤) تضمين مهر المثل على أحد قولي الشافعي، وفي بعضه تفصيل، وقال الشيرازي: «ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع فالمنصوص: أنه يلزمه نصف مهر المثل...». المهذب ٤/٥٩٦؛ «وأظهرهما=

لنا: أن الرضاع سبب في التحريم، والتحريم سبب في ضمان المهر، وضمان السبب يختلف فيها التعدي وغير التعدي كحفر البئر، فإن كانت المرضعة لم تتعمد الفساد لم تضمن لعدم التعدي، وإنما ضمنها الزوج إذا تعمدت ما غرم؛ لأنها قررت عليه ضماناً كان يجوز أن يتخلص منه، ألا ترىٰ أنه يجوز أن تكبر فترتد فيسقط جميع المهر، فإذا أرضعتهما قررت عليه نصف المهر، فكأنها أخذت ذلك من ماله فأتلفته، ولا يجوز أن تضمن مهر المثل؛ لأن خروج البضع عن ملك الزوج لا يتقوم عندنا، فإتلاف (ما لا يتقوم)[1] لا يضمن.

قال الحسن: قال أبو حنيفة: فإن كن ثلاثاً فأرضعتهن واحدة بعد الأخرىٰ بانت الأوليان، وكانت الثالثة امرأته؛ لأنها لما أرضعت الثانية صارتا أختين، فوقعت الفرقة بينهما وبينه، ثم أرضعت الثالثة فصارت أختاً لهما وهما أجنبيتان، والتحريم يتعلق بالجمع فمن لم تُجمع لا يفسد نكاحها.

قال: فإن [١٧٤/ب] أرضعت الأولىٰ ثم الثنتين معاً [بِنَّ جميعًا؛ لأن رضاع الأولىٰ لم يتعلق به تحريم، فلما أرضعت الأخريين معًا] صرن أخوات في حالة واحدة ففسد نكاحهن.

قالوا: وإنْ كن أربع صبايا فأرضعتهن واحدة بعد الأخرىٰ (حرمن)[2] جميعاً، لأنها لما أرضعت الثانية صارت أختاً للأولىٰ فبانتا، فلما أرضعت الرابعة صارت أختاً للثالثة فبانتا.

= عند الجمهور: نصف مهر المثل»، كما قال النووي في روضة الطالبين ٢١/٩؛ انظر: مختصر المزني ص٢٢٨.

(١) في أ (ما لا قيمة له).

(٢) في أ (بنّ).



قال: فإن تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل الدخول بانتا ؛ لأنها صارت بنتاً لها ، فالجمع بين الأم والبنت يستوي في تحريمه الابتداء والبقاء ، ولا مهر للكبيرة ؛ لأن الفرقة جاءت قبل الدخول من جهتها ، وللصغيرة نصف المهر ترجع به علىٰ الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد علىٰ ما بينا .

قال: وله أن يتزوج الصغيرة إن شاء ؛ لأنها ربيبة من الرضاع لم يدخل بأمها فلا يحرم عليه نكاحها ، ولا يجوز له أن يتزوج الكبيرة لأنها أم امرأته من الرضاع ، فيستوي في تحريمها الدخول وعدمه .

قال: وإن تزوج كبيرة وثلاث صبايا فأرضعتهن واحدة بعد واحدة بنّ جميعاً ؛ لأنها لما أرضعت الأولىٰ صارت بنتاً لها فحرمتا [عليه] ، فلما أرضعت الثانية والثالثة صارت كل واحدة منهما بنت امرأته [فحرمن جميعًا] والكبيرة مدخولة فحرمتا عليه)[1][2] .

قال: ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان إلىٰ إحدىٰ الصغيرتين فأرضعتاها إحداهما بعد الأخرىٰ ، ثم أرضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد الأخرىٰ بانت الكبيرتان والصغيرة الأولىٰ ، والصغيرة الثانية امرأته ؛ (لأنهما لما أرضعتا الأولىٰ صارت كل واحدة من الكبيرتين أم امرأته)[3] ، وصارت الصغيرة بنت امرأته ، وهو جامع بينهن فحرمن عليه ، فلما أرضعتا الصغيرة الثانية بعد البينونة فليس بجامع بينهن ، وإنما هذه الصغيرة بنت امرأة كانت له لم يدخل بها فلا تحرم عليه .

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) انظر: الأصل ١٠/٢٨٦ ؛ مختصر القدوري ص٣٥٩ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

قال: ولو كانت إحدىٰ الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة (بعد)[1] الأخرىٰ، فإن كانت الكبيرة الأخيرة بدأت بالتي بدأت بها الكبيرة الأولىٰ، بانت الكبيرتان والصغيرة الأولىٰ، فإن بدأت الكبيرة الأخرىٰ بالتي لم تبدأ بها الأولىٰ بِنَّ جميعاً؛ وذلك لأن الكبيرة الأولىٰ لما أرضعت الصغيرة الأولىٰ صارت بنتها فحرمتا جميعاً، فلما أرضعت الأخرىٰ وهي أجنبية (لم تحرم)، فلما جاءت الكبيرة الأخرىٰ فأرضعت الصغيرة الأولىٰ صارت (لها أماً فحرمت)[2]، فلما أرضعت الصغيرة الأخرىٰ وهي أجنبية لم تحرم الصغيرة؛ لأنها بنت امرأة كانت له لم يدخل بها، فإن بدأت الكبيرة الثانية بالتي لم تبدأ بها الأولىٰ صارت بنتها، ووقع التحريم بينها وبين الزوج [للجمع][3] فبِنَّ جميعاً.

قال: ولو كانت [تحته] صغيرة وكبيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتا؛ لأنهما صارتا أختين [١٧٥/أ] وكذلك لو أرضعت الصغيرةَ أختُ الكبيرة؛ لأنها صارت بنت أخت امرأته، والجمع بين المرأة وبنت أختها لا يجوز، ولو أرضعتها عمة الكبيرة أو خالتها لم تَبِنْ؛ لأنه صار جامعاً بين امرأة (وبنت عمتها أو [بنت] خالتها)[4]، وهذا يجوز ابتداء وكذلك حال البقاء.

قال: ولو طلق رجل امرأته ثلاثاً، ثم (إنها)[5] أرضعت امرأة له صغيرة قبل أن تنقضي عدة المطلقة بانت الصغيرة؛ لأن الجمع الذي يحرم في حال النكاح

(١) في أ (قبل).
(٢) في أ (صارت أم امرأة الزوج، فحرمتا).
(٣) في ب (للجميع) والمثبت من أ.
(٤) في أ (وبنت عمها أو بنت خالتها).
(٥) في أ (أختها).

يحرم في حال العدة.

وروى ابن الوليد عن محمد: في رجل زوّج ابنه وهو صغير امرأة لها لبن، فارتدت وبانت من الصبي، ثم أسلمت فتزوجها رجل فحبلت [منه] فأرضعت [بلبنه][1] ذلك الصبي الذي كان زوجها، حرمت على زوجها الثاني؛ وذلك لأن الصبي صار ابناً لزوجها، فصار هذا الزوج متزوجاً بامرأة ابنه من الرضاع؛ وذلك لا يجوز (ابتداء وبقاء)[2].

وقال: ولو زَوَّجَ رجل أم ولده مملوكاً له صغيراً، فأرضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها؛ لأن الزوج صار [ابنًا][3] للمولى، فلا يجوز أن تبقى على نكاح من وطئها أبوه، ولا يجوز للمولى أن يطأها بملك اليمين؛ لأنها امرأة ابنه.

قال: ولو تزوج صبية صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها، حرمت عليه؛ وذلك لأنها صارت أم امرأته.

قال الشيخ ﷺ: قد بينا التحريم الطارئ بالرضاع على النكاح، فالواجب أن نُبَيِّنَ حكم الشهادة بالرضاع التي يفسخ النكاح بها أو لا يفسخ.

١٨٨٤ - [فَصْل: في الشهادة بالرضاع التي يفسخ بها النكاح]

قال أصحابنا: لا يقبل في الرضاع إلا شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين،

(١) في ب (بلبنها) والمثبت من أ.
(٢) في أ (ابتداؤها).
(٣) في ب (أبًا) والمثبت من أ.

وقال الشافعي: تقبل فيه شهادة أربع نسوة[١]، وقد روىٰ محمد عن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لا يقبل علىٰ الرضاع أقل من شاهدين.

وروي أن رجلا تزوج امرأة، فجاءت امرأة فزعمت أنها أرضعتهما، فسأل الرجل علياً رضي الله عنه فقال: هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك، فإن تنزهت فهو أفضل، وسأل ابن عباس فقال مثل ذلك[٢].

والوجه فيه: أن الرضاع معنىً يجوز للرجال الاطلاع عليه، ألا ترىٰ أن محارمها ينظرون إليها، وما جاز للرجل الاطلاع عليه لم يجز الاقتصار فيه علىٰ شهادة النساء كالأموال، (ولأن ثدي الأمَة يجوز للأجانب الاطلاع عليه، فلا يقتصر ما يتعلق به علىٰ شهادة النساء)[٣] كوجهها.

وأما ما روىٰ عقبة بن الحارث قال: تزوجت أم يحيىٰ بنت أبي إهاب، فجاءت سوداء فقالت: إني أرضعتكما، فذكرت ذلك لرسول الله فأعرض، ثم ذكرته فأعرض، حتىٰ قال في الثالثة أو الرابعة، «**فدعها إذاً**»، وروي أنه قال: «**فارقها**»، فقلت: يا رسول الله إنها سوداء، قال: «**كيف وقد قيل**»[٤]. فلا دلالة فيه؛ لأن رسول الله ﷺ إنما كره ذلك علىٰ طريق التنزه والأولىٰ، [١٧٥/ب] ألا ترىٰ أنه أعرض عنه أولاً وثانياً، ولو وجب التفريق لم يعرض، ثم قال: «**فارقها**»، وهذا يدل علىٰ بقاء النكاح، وقد روىٰ محمد هذا الحديث، وبهذا نأخذ إذا كانت المرأة ثقة عنده، فالأولىٰ [له] أن يتنزه ويمتنع، فلا يجب ذلك عليه.

---

(١) وقال محمد: «لا تصدق عليهما». الأصل ٢٨٣/١٠؛ انظر: البدائع، ١٤/٤؛ الأم ٣٤/٥.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة، ٤٩٨/٣.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) أخرجه بلفظه الطبراني في الكبير، ٣٥٣/١٧؛ وأصله في البخاري (١٩٤٧).



وأما ما روىٰ ابن عمر أن رسول الله ﷺ سئل ما يجوز في الرضاع من الشهادة، فقال: «رجل وامرأة»[1]، فمحمول علىٰ وجوب التنزه بقوله، والامتناع عن التزويج بشهادته في الأولىٰ، وأما التحريم فلا، ألا ترىٰ أنا اتفقنا أن شهادة المرأة الواحدة لا تقبل في التحريم، فلم يبق إلا التنزه.

---

(١) الحديث أخرجه البيهقي في الكبرىٰ عن طريق ابن البيلماني، وقال البيهقي: «فهذا إسناد ضعيف لا تقوم بمثله الحجة» ٧/٤٦٤.



باب
النفقة [على الزوجة]

[قال: النفقة تجب على الإنسان لغيره بأسباب، منها: الزوجية، والنسب، والملك].

والأصل في وجوب نفقة الزوجة قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقال: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧]، وقال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وروى ابن حمزة الرقاشي عن عمه قال: كنت آخذاً بزمام ناقة رسول الله ﷺ أوسط أيام التشريق إذ ودعه الناس ـ أي واجه الناس ـ، فقال ﷺ: **«اتقوا الله في النساء، فإنهن عندكم عوان، لا يملكن لأنفسهن شيئاً، وإنما أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، لكم عليهن حق ألا يوطئن فرشكم أحداً غيركم، ولا يأذنّ في بيوتكم لأحدٍ تكرهونه، فإن خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضربًا غير مبرّح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»**، ثم قال: **«ألا هل بلغت»**، قالها ثلاثاً[1].

وروي أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال: ما حق المرأة على الزوج؟ فقال: **«أن يطعمها إذا طعم، وأن يكسوها إذا اكتسى، وأن لا يهجرها إلا في البيت،**

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٥/٧٢؛ وابن ماجه (١٨٥١)؛ وأورده الهيثمي في المجمع، وذكر في بعض رواته كلامًا مختلفًا، ٣/٢٦٦؛ والرازي في علل الحديث، وقال: «... فقال: لا يسمى أبو حرة ولا عمه، ولا أعرف له إلا هذا الحديث الواحد». ٢/٣٢٤.

ولا يضرب الوجه ولا يقبّح»[1].

وروي أنه ﷺ قال لهند: «**خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف**»[2]، ولولا أن النفقة واجبة لم يأذن لها أن تأخذها بغير أمره، ولأن المرأة في حبس الزوج وممنوعة من الخروج والاكتساب لحقه، فكان عليه كفايتها.

قال ابن سماعة، وأبو سليمان، وابن الوليد عن أبي يوسف: إذا تزوج الرجل المرأة البالغة فطلبت النفقة قبل أن يحولها إلىٰ منزله، فلها النفقة إذا لم يطالبها بالنقلة، وذلك أن النقلة حق له والنفقة حق لها، فإذا ترك [هو] حقه لم يسقط حقها.

قال: فإن طالبها بالنقلة فامتنعت فلا نفقة لها، وهذا علىٰ وجهين:

إن كان الامتناع بحق مثل أن تمتنع لتستوفي مهرها فلها النفقة؛ وذلك لأن المهر حقها والنفقة حقها، والمطالبة بأحد الحقين لا يسقط [١٧٦/أ] الآخر، ولأنا جعلنا لها الامتناع حتىٰ تستوفي المهر، فلو أسقطنا نفقتها ألحقنا بها ضرراً، والضرر يجب إلحاقه بالزوج الممتنع من أداء حقها.

فأما إذا كان الامتناع بغير حق وقد أوفاها مهرها، أو كان مؤجلاً فلا نفقة لها؛ لأنها ناشزة والنشوز يسقط النفقة، بدلالة ما روي أن فاطمة بنت قيس كانت تبدو علىٰ حماتها فنقلها رسول الله ﷺ إلىٰ بيت ابن أم مكتوم، ولم يجعل لها سُكْنَىٰ ولا نفقة[3].

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك وصححه، ٢/٢٠٤؛ وابن ماجه (١٨٥٠)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٧/٢٩٥؛ وغيرهم.

(٢) أخرجه البخاري في مواضع أولها (٢٢١١)؛ ومسلم (١٤١٧).

(٣) أخرجه الترمذي (مطولاً) (ر ١١٣)، وقال: «هذا حديث صحيح».

١٨٨٥ ـ **فَصْـل**: [النفقة على الزوجة الصغيرة]

فإن كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالكبيرة؛ لأنها مُسَلِّمة لنفسها في منزل زوجها، والنفقة لا تختلف بالبلوغ وعدمه كالمهر.

قال: فإن وقع العقد وهي صغيرة لا يجامع مثلها فلا نفقة لها، وقال الشافعي: لها النفقة[١].

لنا: أنها غير مسلمة لنفسها في منزل زوجها وإنما تسلم [بالنقل، فهي كالكبيرة الناشزة التي حملت إلى بيت زوجها مكرهة، لم تستحق النفقة]، وليس كذلك إذا كان الزوج صغيراً وهي كبيرة؛ لأنها مسلمة لنفسها في منزل زوجها، وإنما عجز الزوج عن التسلم وذلك لا يسقط حقها.

١٨٨٦ ـ **فَصْـل**: [النفقة على المريضة]

قال: فإن كانت مريضة مرضاً لا يصل إلى الدخول بها وطلبت النفقة ولم ينقلها، فلها النفقة إذا لم يحل بينه وبينها أن يضمها إليه وهي مريضة، فإن امتنعت من ذلك فلا نفقة لها؛ وذلك لأن المريضة إذا بذلت الانتقال فقد سلمت نفسها، وهناك عارض مانع من الوطء فيجب لها النفقة كالحائض، وإن امتنعت من الانتقال فهي غير مسلمة لنفسها، فلا يجب لها النفقة[٢].

١٨٨٧ ـ **فَصْـل**: [النفقة على الزوجة المحبوسة في دَيْن]

فإن كانت قبل أن ينقلها محبوسة في دَيْن[٣]، فإن كانت تقدر على التخلي

---

(١) انظر: الأصل ١٠/٣٢٩؛ مختصر القدوري ص ٤١٠؛ البدائع ٤/١٩؛ المزني ص٢٣١.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٤١١.

(٣) الكاساني ذكر المسألة بعينها (معزياً إلى الكرخي، ولكنه قال: (في عين)، بدل: (في دين).=

بينه وبينها فلها النفقة، وإن كانت في موضع لا يقدر عليها فلا نفقة لها؛ وذلك لأنها إذا قدرت أن توصله إليها فقد تمكن من الاستمتاع، والمنع من تسليمها نفسها (في بيته)[1] ليس من جهتها، فلا يسقط حقها، فأما إذا لم يقدر على [الوصول][2] إليها فليست بمسلمة نفسها، فلا يجب لها النفقة.

قال: ولو طلبت النفقة وليست مريضة ولا محبوسة وهي [بالغة ففرضت][3] لها النفقة ثم مرضت أو حبست لم تبطل نفقتها؛ وذلك لأن التسليم قد حصل بالانتقال، والمنع عارض بغير فعلها فهي كالحائض، وليس كذلك إذا كان قبل الانتقال؛ لأن التسليم لم يوجد، فجاز أن يكون المنع مؤثراً، وهذا الذي ذكره في الحبس محمول على الحبس بدين لا تقدر على أدائه، فأما إذا قدرت على أدائه فلم تفعل فلا نفقة لها؛ (لأن المنع باختيارها.

وقال ابن سماعة عنه في نوادره في المريضة الكبيرة التي لم يدخل بها زوجها: إن كانت مريضة مرضاً شديداً [١٧٦/ب] لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عليه)[4] ويردها إن شاء، وإنما يريد بالدخول في هذه المسائل «الانتقال»، فربما عبروا عنه «بالبناء»، فقالوا: إذا كان قبل أن يبني بها، وإنما يريدون به الانتقال دون الدخول، ألا ترى أن محمداً قال في الرتقاء إذا طلبت النفقة: فإن كان دخل بها فلها النفقة، والرتقاء لا تجامع وإنما أراد بالدخول النقل.

= البدائع ٥/٢٢٠٦.

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) من ب (الدخول) والمثبت من أ.

(٣) في ب (بالغ ففرض) والمثبت من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

والوجه في سقوط النفقة: إذا كان المرض قبل التسليم أن التخلية لم توجد منها، فإذا سلمت نفسها مع وجود المانع لم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد فلم تستحق النفقة، ولهذا قال [أبو][1] يوسف: له أن يردها؛ لأن التسليم المستحق العقد [منتظر][2]، فكان له أن لا يقبل التسليم الذي لم يوجبه العقد، (وكذلك قال في الصغيرة التي لا توطأ أنها إن شاء رَدَّهَا؛ لأن التسليم مع المانع لم يوجبه العقد)[3]، فكان له الامتناع من قبوله.

قال: فإن كانت الصغيرة (تخدم وينتفع)[4] بها بالخدمة، أو كانت المريضة تؤنسه وينتفع بها بشيء غير الجماع، فإن أمسكها لزمته النفقة، وإن لم يمسكها وردها فلا نفقة لها، حتىٰ تجيء حال [يقدر فيه][5] علىٰ جماعها؛ وذلك لأن الوطء إذا تعذر فلم يوجد التسليم الموجب بالعقد، فكان له الامتناع من القبول، فإن أمسكها وله فيها منفعة فقد حصل [له] ضرب من الاستمتاع، ورضي بالتسليم مع النقص، فكان عليه النفقة.

١٨٨٨ـ فَصْل: [النفقة علىٰ الرتقاء]

وقال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في الرتقاء[6]: لا يلزمه نفقتها ما لم يَبْنِ بها، فإن ابتنىٰ بها فالنفقة عليه، وليس له أن يردها بعد أن يبني بها، وإنما

(١) في ب (ابن) والمثبت من أ.
(٢) في ب (منشطر) والمثبت من أ.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٤) في أ (قد ينتفع).
(٥) في ب (تعذر عليها) والمثبت من أ.
(٦) الرَّتْق ضد الفتق، وفي المغرب: «امرأة رَتْقاء: بيّنة الرتق، إذا لم يكن لها خَرقٌ إلا المَبال». (رتق).



يريد بالبناء النقل ؛ لأن الرتقاء لا يمكن أن تجامع[١].

وقد ذكر في الأصل في الرتقاء والمريضة إذا طلبتا النفقة قبل النقلة ، فرض لهما ولم يحك خلافاً[٢].

والوجه في ذلك: أن الاستمتاع بالرتقاء ممكن ، وإنما يتعذر الوطء ؛ وذلك لا يمنع من وجوب النفقة مع حصول الاستمتاع كالحائض.

ووجه ما قاله أبو يوسف: أن التسليم الذي اقتضاه العقد تسليم من غير مانع من الوطء ، والمرض والرتق يُرجىٰ زوالهما فلم تجب النفقة حتىٰ يوجد التسليم من غير مانع ، فإن نقلها مع العلم بالرتق فقد رضي بالتسليم مع النقصان فكان عليه النفقة ، ولا يجوز له ردها ؛ لأن له فيها ضرباً من الاستمتاع ، وليس كذلك الصغيرة التي لا ينتفع بها (والمريضة التي لا يستأنس بها ، لأنه لا ينتفع)[٣] بهما بوجه ، فكان له الرد.

١٨٨٩ ـ فَصْـل: [النفقة علىٰ الزوجة التي جُنَّتْ أو كَبُرَتْ بعد الدخول]

وقال في الأصل: إذا دخل الرجل بامرأته ثم مرضت أو ذهب عقلها فصارت معتوهة مغلوبة ، أو كبرت ودخلت في السن [١٧٧/أ] حتىٰ لا يستطيع زوجها جماعها ، أو أصابها بلاء فلها النفقة ؛ وذلك لأن التسليم المستحق بالعقد قد وجد ، والمانع من الاستمتاع بغير فعلها فلا يسقط نفقتها[٤].

---

(١) انظر المسألة: البدائع ٥/٢٢٠٧.

(٢) الأصل ١٠/٣٣١.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) الأصل ١٠/٣٣١.

قال مستشهداً علىٰ ذلك: ألا ترىٰ أني أجعل النفقة للرتقاء، (وهي لا يستطاع)[1] جماعها، وكذلك المريضة لها النفقة، زُفّت إليه أو لم تزف إذا كانت كبيرة، وهذا يدل علىٰ خلاف ما قاله أبو يوسف في المريضة.

١٨٩٠ ـ فَصْـل: [النفقة علىٰ الزوجة التي خرجت للحج]

قال أبو يوسف: وإن حجت المرأة حجة فريضة، فإن كان الزوج دخل بها فلها النفقة، وإن كان لم يدخل بها فلا نفقة لها، وإنما يعني بالدخول النقل، فإذا حجت قبل أن تسلم نفسها فلا نفقة لها في قولهم؛ لأنها ممتنعة من التسليم بفعلها، وأما إذا انتقلت إلىٰ منزل الزوج ثم حجت مع مَحْرَمٍ لها (ولم يحج الزوج)[2] فلها النفقة عند أبي يوسف، وقال محمد: لا نفقة لها.

وجه قول أبي يوسف: أن التسليم قد وجد، والمانع إنما هو لأداء فرض عليها، فصار كصوم رمضان، ولأن المنع من الاستمتاع بعد الانتقال إذا [كانت] معذورةً فيه لم تسقط النفقة، كالمرض.

وجه قول محمد: أنها مانعة لنفسها بفعلها فصارت كالناشزة، وليس كذلك المريضة والصائمة في رمضان؛ لأنها مسلمة لنفسها في منزله.

فإذا ثبت من أصل أبي يوسف وجوب النفقة قال: يفرض لها القاضي نفقة الإقامة دون نفقة السفر؛ لأن الزوج لا يلزمه إلا نفقة الحضر، وإنما تحتاج إلىٰ زيادة المؤنة لأداء فرض يختص بها، فكان ذلك عليها، وقال: إن جاورت بمكة أو أقامت بعد أداء الحج إقامة لا تحتاج إليها سقطت نفقتها؛ لأنها غير معذورة

---

(١) في أ (وهو لا يستطيع).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

في ذلك فصارت كالناشزة.

وإذا ثبت لمحمد أنه لا نفقة لها، قال: إن حج الزوج معها فلها النفقة؛ لأنه يتمكّن من الاستمتاع بها في طريقه، فصارت كالمقيمة في منزله.

قال أبو يوسف: فإن طلبت نفقة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والمجيء لم يكن على الزوج ذلك، ولكنه يعطيها نفقة شهر واحد، فإذا عادت أخذت ما بقي؛ لأن النفقة تجب حالاً فحالاً، فلو كلفناه دفع نفقة هذه المدة لأضررنا به، وهذا لا يجوز، فأما نفقة الشهر فقد جرت العادة بدفع الزوج ذلك، فلم يكن فيه ضرر، فجاز أن يقضى به.

١٨٩١ - فَصْل: [النفقة إذا كان المنع بفعلها]

قال محمد: ولو أن امرأة فرض لها النفقة على زوجها، فأخذها رجل كارهة فهرب بها منذ أشهر، لم يكن لها نفقة؛ وذلك لأن المنع من التسليم بغير فعل الله تعالى، فصار كما لو وجد بفعلها.

قال: وكذلك لو حبست، وهذا في الحبس خلاف ما قاله أبو يوسف إذا كان بعد التسليم، والوجه فيه: أنه منع من جهة الآدمي، فصار كالمنع بفعلها[1].

١٨٩٢ - فَصْل: [نفقة الأمة المزوّجة]

وإذا [١٧٧/ب] زوَّج الرجل الأمَة أو المدبَّرة، أو أم الولد، فإن بوَّأهن المولى بيوت الأزواج، فلهن النفقة وإلا فلا نفقة لهن، والأصل في هذا: أن المولى

(١) انظر: الأصل ٣٢٩/١٠.



لا يجب عليه أن يبوِّئ أمته المزوجة بيت الزوج ؛ لأنه عقد على منافع بضعها، ومنافع أعضائها له، فلو لزمه التبوئة لاستحق عليه منافع الأعضاء وهذا لا يجوز، والتبوئة: أن يخلي بينها وبين زوجها في منزله ولا يستخدمها، فإن فعل ذلك فعلى الزوج النفقة ؛ لأنها صارت مسلمة نفسها في بيته كالحرة، فإن لم يفعل فليست بمسلمة [نفسها]، فلا نفقة لها كالحرة الناشزة، فإن بوأها ثم بدا له أن يستخدمها فله ذلك ؛ لأن منافعها على ملكه، فإذا بوأها فقد أسقط حقه عن منافع لم توجد، فلا يستحق ذلك عليه (كالمعير)[1] وتسقط النفقة ؛ لأن التسليم زال، فإن عاد فبوأها عادت النفقة ؛ لوجود التسليم كالحرة إذا نشزت ثم عادت.

وقد قالوا في الأَمَة إذا بوأها وكانت (تمضي)[2] في الأوقات إلى مولاها فتخدمه من غير أن يستخدمها، لم تسقط نفقتها ؛ وذلك لأن هذا القدر من الخدمة لا يمنع من التسليم، فلم يوجد من المولى استخدام يصير به مانعًا، فصارت كالحرة إذا خرجت إلى منزل أبيها، فأما المكاتبة إذا تزوجت بإذن المولى فلها النفقة ؛ لأن منافعها على ملكها ولا حق للمولى فيها فهي كالحرة، فتجبر على التسليم، ويجب على الزوج النفقة[3].

١٨٩٣ـ فَصْل: [نفقة زوجة العبد]

وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فهو في وجوب النفقة كالحر ؛ لأن النفقة من أحكام العقد فصار كالمهر، فكما يجب على العبد المهر كذلك تجب النفقة عليه،

---

(١) في أ (كالمعين).

(٢) في أ (تسير).

(٣) انظر: الأصل ١٠/٣٣٧.

وتكون النفقة في رقبته وكسبه يباع فيها إلا أن يفديه المولىٰ، وذلك لأنها دين علىٰ العبد، وديون العبد تستوفىٰ من كسبه ورقبته، وقد بينا ذلك في البيوع، فإن فداه المولىٰ لم يبع؛ لأنه لا حق للغريم إلا في الدين، فإذا وفَّاه المولىٰ سقط حقه.

قال: فإن [مات][1] بطل ذلك ولم يؤخذ المولىٰ بشيء؛ لأن الديون المتعلقة بالرقبة تسقط بتلفها كما يسقط الدين بتلف الرهن.

قال: فإن قُتل كانت النفقة في قيمته. وهذا ليس بصحيح؛ لأن من وجبت عليه النفقة فمات أو قتل، سقطت عند أصحابنا لأنها صلة، والصلات إذا لم تقبض، سقطت بالموت كسائر الصلات، وإذا كان هذا في النفقة علىٰ الحر، فالنفقة علىٰ العبد أولىٰ أن تسقط بقتله، وإنما تنتقل إلىٰ القيمة ديون العبد التي لا تجري مجرىٰ الصلات ولا تسقط بالموت؛ لأن القيمة قامت مقام الرقبة، فانتقل إليها الحق المتعلق بالرقبة.

قال: وكذلك المدبر وأم الولد، غير أن هؤلاء لا يباعون؛ وذلك لأن ديون هؤلاء تتعلق باكتسابهم ولا تتعلق برقابهم؛ لأنها لا تستوفىٰ من الرقاب (لتعذر)[2] بيعها، فأما المكاتب فعند أصحابنا تتعلق النفقة برقبته وكسبه، لأنه يتصور [١٧٨/أ] قضاؤها من رقبته إذا عجز فبيع، فإذا كان كذلك سعىٰ فيها [ما دام][3] مكاتباً، فإذا قضي بعجزه، صار كالعبد يباع فيها إلا أن يفديه المولىٰ، وأما المعتق بعضه فهو عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب إلا أنه لا يتصور فيه العجز،

(١) في ب (عادت) والمثبت من أ.

(٢) في أ (فتعذر).

(٣) في ب (ما كان) والمثبت من أ.



ولا يجوز بيعه في الدين، وهو على قولهما بمنزلة حرٍّ عليه دين.

١٨٩٤ـ فَصْل: [سكنى الزوجة]

قال: وكل امرأة كانت لها النفقة فلها السكنى بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، ولأن النفقة إنما تفرض لها لكفايتها، (وهي تحتاج في الكفاية إلى السكنى)[١].

١٨٩٥ـ فَصْل: [نفقة الزوجة الذمية]

والنفقة على الذمي لزوجته كالمسلم؛ لأن النفقة من أحكام العقد، فالمسلم والكافر في أحكام العقود سواء، وقد قال أبو حنيفة: إني أفرض النفقة عليه لكل امرأة أُقرت على نكاحها، جائزاً كان النكاح عندي أو باطلاً، وهذا على أصله أنهم يُقَرون على أنكحتهم ولا يعترض عليهم فيها، فصارت كالأنكحة الصحيحة، وأما أبو يوسف ومحمد فلا يفرضان على الذمي نفقة زوجة [إن كانت] ذات [رحم] محرم منه؛ لأنه لا يقر على نكاحها، فلا يجوز أن يفرض لها؛ [كما][٢] لا يفرض على المسلم في النكاح الفاسد، وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف؛ لأنه يفرق بينهم تحاكموا أو لم يتحاكموا، فأما محمد فإنه لا يفرق إلا إذا طلب أحدهما، إلا أنه يقول: إذا طلبت النفقة لم يجز للقاضي القضاء بها؛ لأن في ذلك تقرير [العقد]، وهذا لا يصح[٣].

---

(١) في أ (وهذه تحتاج إلى كفاية السكنى). انظر: مختصر القدوري ص٤١٢.

(٢) في ب (لأن هذا) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ١٠/٣٣٧.

١٨٩٦ ـ فَصْل: [النفقة والسكنىٰ في النكاح الفاسد]

ولا يجب علىٰ المسلم في نكاح فاسد سكنىٰ ولا نفقة؛ وذلك لأن النفقة والسكنىٰ تجب في مقابلة التسليم، والتسليم في النكاح الفاسد ممنوع منه، فلم يجز إيجاب النفقة لأجله.

قال: ولا يجب عليه نفقة في عدة (وجبت من غير نكاح صحيح؛ وذلك لأن العدة تترتب علىٰ حال النكاح، فإذا لم)[1] يجب لها النفقة في النكاح ففي العدة أولىٰ.

١٨٩٧ ـ فَصْل: [النفقة علىٰ المعتدة]

قال: فإن كانت العدة من نكاح صحيح فلها السكنىٰ والنفقة، أَيّ فرقة كانت طلاقاً أو غير طلاق، بائناً كانت الفرقة أو غير بائن، إلا أن تكون الفرقة جاءت من قبلها بمعصية، وقال الشافعي: للمطلقة الرجعية النفقة والسكنىٰ، فأما المبتوتة إن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنىٰ[2]، وإن كانت حائلاً فلها السكنىٰ بغير نفقة، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا نفقة لها ولا سكنىٰ.

لنا: ما روي أن فاطمة بنت قيس لما روت (**أن النبي ﷺ لم يجعل لها سكنىٰ ولا نفقة**)[3]، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا، ونأخذ بقول امرأة لعلها نسيت أو شُبِّه عليها، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لها**

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: مختصر المزني ص٢٣٣؛ المهذب ٤/٥٤٨؛ المنهاج ص٤٥٠.

(٣) أخرجه البخاري (٥٠١٦)؛ ومسلم (١٤٨٠).

السكنىٰ والنفقة»[1] ؛ ولأن كل من وجب عليه سكنىٰ شخص (وجبت نفقته عليه)[2] كالزوجة والرجعية ، ولا يلزم العبد المرهون [١٧٨/ب] أن سكناه علىٰ المرتهن ونفقته علىٰ الراهن ؛ لأن المرتهن لا يجب عليه السكنىٰ وإنما هو بالخيار: إن شاء أسكنه فاستوفىٰ بذلك حق الحبس ، وإن شاء تركه عند المولىٰ ، ولأن كل من تستحق النفقة إذا كانت حاملاً ؛ تستحق النفقة إذا كانت حائلاً ، كالرجعية ، [وقولهم][3] : إنها [تستحق][4] النفقة مع الحبل ، وإنما النفقة للحمل لا يصح[5] ؛ لأن عند الشافعي نفقة الولد لا تقدر ، ونفقة الزوجة تقدر ، والحامل يقضىٰ لها بنفقة مقدرة[6] .

فأما حديث فاطمة بنت قيس فقد أنكره عمر بن الخطاب ، وروي أن زوجها أسامة بن زيد كان إذا سمعها تتحدث بذلك ، حصبها بكل شيء كان في يده ، وروي عن عائشة أنها قالت لها: لقد فتنت الناس بهذا الحديث ، فأقل أحوال إنكار الصحابة أن يصير كطعن ابن معين وابن المديني ، وقد قيل في تأويله إنها تبدت علىٰ أحمائها فنقلها رسول الله ﷺ إلىٰ بيت ابن أم مكتوم ، ولم يجعل لها

---

(١) وتكملته (قال الله ﷻ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ...﴾ [الطلاق: ١]) أخرجه مسلم (١٤٨٠) ؛ وأخرجه ابن حبان في صحيحه ٦٣/١٠ ؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٤٧٥/٧ ؛ وابن أبي شيبة في المصنف ١٣٧/٤ ؛ انظر: الدراية ٨٣/٢ .

(٢) في أ (لزمه نفقته).

(٣) في ب (بقولها) والمثبت من أ.

(٤) في ب (لا تستحق) والمثبت من أ.

(٥) قال المؤلف في التجريد: «والدليل علىٰ أن نفقة الحامل لها لا لحملها قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ، فأمر بالإنفاق علىٰ الموصوفة بالحمل ؛ إذ المستحق إذا وصف بصفة ، كان الاستحقاق له لا للصفة...». ٥٣٩٦/١٠ .

(٦) انظر: المهذب ٦٠٦/٤ ، ٦٣٢ .

نفقة لنشوزها، فكذلك أسقط سكناها، وقد قيل في تأويله أن زوجها كان غائباً فلم يجز القضاء لها بالنفقة والسكنىٰ مع غيبته، فإن قيل قد كان وكّل أخاه، قلنا: إنما وَكَّله بطلاقها ولم يوكله بخصومتها[1].

١٨٩٨ - فَصْل: [نفقة أم الولد المعتدة]

وإذا اعتدت أم الولد فلا نفقة لها؛ وذلك لأن عدتها عدة وطءٍ فهي كالمعتدة في نكاح فاسد، ولأن النفقة كانت تجب لها بالملك، وقد زال الملك بالعتق وليس كذلك الزوجة؛ لأن النفقة كانت تجب لها بالفراش وحكم الفراش باقٍ بعد الفرقة.



(١) انظر: الأصل ٣٣٨/١٠، ٣٣٩؛ مختصر القدوري ص٤١٠.

بَابْ
قدر النفقة

قال أبو الحسن: ويفرِضُ القاضي الكسوة والنفقة على قدر يسار الزوج وعسره ما يكفيها من ذلك بالمعروف، وهذا يدل على أن المعتبر في النفقة حال الزوج.

وقد ذكر الخصاف: أنها تعتبر بحالتهما جميعاً، فيجب على الزوج الموسر للمرأة الموسرة نفقة اليسار، ويجب على المعسر للمرأة الموسرة والمعسرة نفقة الإعسار، ويجب على الموسر للمرأة المعسرة أدنى من نفقة الموسرات وأوسع من نفقة المعسرات، والدليل على اعتبار حال الزوج قوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ﴾ [الطلاق: ٧]، والذي يدل على ما قاله الخصاف: إنّ النفقة تجب للكفاية، والمعسرة لا تحتاج إلى نفقة الموسرات؛ [فلذلك][1] قصر بها عنهن، وأما قوله في النفقة والكسوة إنها بالمعروف؛ فلأن الحاكم لا يضر بواحد من الزوجين، وإنما يوجب الوَسَط من الكفاية، وذلك هو المعروف.

وقد قال أصحابنا: إنّ النفقة غير مقدرة[2]، وقال الشافعي: نفقة الزوجة مقدرة: على الموسر مُدّان، وعلى المتوسط مُدٌّ ونصف، وعلى المعسر مد[3].

والدليل على ما قلناه: [١٧٩/أ] إنها نفقة واجبة فلم تتقدر بالشرع كنفقة ذوي

(١) في ب (فكذلك) والمثبت من أ.
(٢) انظر: الأصل ١٠/٣٢٥؛ البدائع ٤/٢٣.
(٣) انظر: الأم ص ٩٥٦؛ الإقناع للشربيني ٢/٤٨٤.



الأرحام والمماليك.

قال: فإن كان لها خادم فرض عليه نفقة الخادم؛ وذلك لأن عليه القيام بمصالحها، ومن جملة ذلك إصلاح طعامها، وذلك يتولاه الخادم فكان عليه أن يقوم بنفقته.

وقد قالوا: إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية؛ لأن الخادم وإن كانت مولاته موسرة لا يتسع في كفايته.

١٨٩٩ - فَصل: [نفقة الخادم]

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: إنه لا يقضى بأكثر من نفقة خادم واحد، وقد قال أبو يوسف: إذا كان لها خادمان فرض لهما[١].

وجه قولهما: أن الزوج لو قام بخدمتها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم، فإذا أقام غيره مقام نفسه لم يلزمه أن يقيم أكثر من واحد مثله، ولأنه ليس اعتبار خادمين بأولى مما زاد على ذلك.

وجه قول أبي يوسف: أن المرأة قد تحتاج إلى خادمين: أحدهما يخدمها في منزلها، والآخر يتردد إلى الزوج يطلب النفقة وابتياع ما يصلحها، وما زاد على ذلك لا حاجة بها إليه.

١٩٠٠ - فَصل: [نفقة الخادم مع عسر الزوج]

وأما إذا كان الزوج معسراً؛ فقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يفرض

(١) انظر: الهداية ٤١/٢.



عليه نفقة خادم وإن كان لها خادم، وقال محمد: إن كان لها خادم فرض عليه نفقته، وإن لم يكن لها خادم لم يفرض[1].

وجه رواية الحسن: أن المعسر يلزمه أدنى الكفاية، وقد تكتفي المرأة بخدمة نفسها فلم يلزمه أكثر من ذلك.

وجه قول محمد: أنه إذا كان لها خادم (لم تكتفِ بخدمة نفسها، فكان على الزوج أن يقيم به، وإذا لم يكن لها)[2] فقد استغنت بنفسها، فلا يلزمه القاضي [إِتْيَان][3] خادم لها لم يكن.

١٩٠١ ـ فَصْل: [القول في اختلاف الزوجين في العسر واليسر]

قال: فإن اختلفا فقالت المرأة: هو موسر، وقال الزوج: أنا معسر، فالقول قوله مع يمينه؛ وذلك لأن الأصل الفقر، والغنى حادث، فمن ادَّعَى الأصل فالقول قوله، ومَنْ[4] يَدَّعِي معنىً حادثاً لا يقبل قوله إلا ببيّنة.

قال: وإن أقام كل واحد منهما بيّنة على ما ادَّعَى: أقامت المرأة البينة على أنه موسر، [وأقام الرجل أنه معسر] فالبينة بينة المرأة؛ لأن شهود الإعسار شهدوا بالأصل، وشهود اليسار شهدوا بمعنى حادث، فالرجوع إلى شهادة من عرف معنى حادثاً أولى.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤١١.
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٣) في ب (استئناف) والمثبت من أ.
(٤) في أ (إلا مَن).



١٩٠٢ـ فَصْـل: [ما يفرض على الزوج المعسر من النفقة]

قال: وإن لم تقم بينة وحكم بأنه معسر، فإن محمداً قال: يفرض على المعسر الذي ليس له فضل [يوم][1]: الدقيق وما يكفيها كل يوم، وما لا بد لها منه من الإدام والدهن؛ وذلك لأن المعسر يلزمه أدنى الكفايات، والخبز في الغالب لا يؤكل إلا مأدوماً، والدهن مما لا يستغنى عنه، فيفرض لها قيمة ذلك.

قال محمد: ولا ينبغي أن يوجب النفقة على الدراهم؛ لأن السعر يغلو ويرخص، ولكن يجعلها على الكفاية في كل زمان، وإنما أراد محمد أن يبين بهذا [١٧٩/ب] أن ما ذكره في كتاب النكاح: أن المعسر يفرض عليه خمسة دراهم في الشهر، والموسر عشرة [دراهم، أنه] ليس على طريق التقدير، وإنما هو قيمة الطعام في ذلك الزمان، فبيَّن أنه يجب عليه قيمة الطعام في كل شهر بحسب اختلاف الأسعار[2].

قال محمد: وأما الكسوة فكما سمى يعني في كتاب النكاح؛ لأنه ذكر هناك الكسوة ثياباً مقدرة ولم يذكر قيمتها؛ وذلك لاختلاف الأزمان، وقد بين ذلك محمد؛ لأن التقدير [منهم][3] كان على الوقت ولم يكن لكل زمان.

١٩٠٣ـ فَصْـل: [استدانة الزوجة على الزوج الغائب]

قال: وإذا غاب الزوج فاستدانت المرأة عليه ولم يكن فرض لها النفقة، لم يلزمه ما استدانت على الزوج، [وهي متطوعة فيما أنفقت، فإن كانت النفقة

---

(١) في الأصل (تقوم)، والمثبت بحسب ما يقتضيه السياق.

(٢) انظر: الأصل ١٠/٣٢٥، ٣٢٦.

(٣) في ب (عنهم) والمثبت من أ.



فرضت عليه، رجعت عليه بما استدانت] وهذا مبني على [أصلنا:][1] أن النفقة لا تصير ديناً إلا أن يحكم بها حاكم ويقدرها، أو يتراضى بها الزوجان فيقدرها الزوج على نفسه، [فأما] إذا لم يوجد أحد هذين الأمرين سقطت بمضي الزمان[2]، وقال الشافعي: تصير ديناً يقضى بها عليه بعد مضي وقتها[3].

لنا: أنها نفقة [فلا تصير][4] ديناً بنفسها كنفقة ذوي الأرحام؛ ولأن النفقة ليست بعوض عن شيء، بدلالة أنها لو كانت عوضاً عن البضع صار له عوضان، والعقد الواحد لا يوجب عن شيء واحد عوضين، ولا يجوز أن يكون عوضاً عن الاستمتاع؛ لأنه تصرف فيما ملكه بالعقد، ومن تصرف في ملكه لم يستحق عليه عوض، فبقي أن يكون صِلَةً، والصِّلات لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى إليها كالهبات، ولو قلنا إن النفقة في مقابلة الاستباحة، والاستباحة منفعة، وعوض المنافع لا يستحق عندنا إلا بسبب كبدل المنفعة، وإذا ثبت أن [النفقة][5] لا تصير ديناً من غير حكم، فإذا استدانت فقد سقطت نفقتها بمضي الزمان، فاستدانتها لا يلزم من لم يأمرها بالاستدانة، ولا لها عليه ولاية، فأما إذا حكم الحاكم فقد صارت ديناً ترجع بها عليه، لا لاستدانتها؛ ولكن لوجوب دينها عليه، كما يرجع لو لم تستدن، وكذلك إذا قدر الزوج النفقة وتراضيا؛ لأنه أَمْلكُ لإلزام نفسه من الحاكم، فإذا لزمه ذلك بإلزام الحاكم فلأن تلزمه بتقديره أولى.

---

(1) في ب (أصله) والمثبت من أ.

(2) انظر: الأصل ١٠/٣٢٧.

(3) انظر: المهذب ٤/٦١٩.

(4) في ب (فلم تصر) والمثبت من أ.

(5) في ب (المنفعة) والمثبت من أ.



١٩٠٤ - فَصْل: [فرض نفقة الزوجة من أمانة الزوج]

قال: وإذا أحضرت المرأة رجلاً لزوجها في يده أمانة أو مضاربة، وهو مُقِرٌّ بذلك للزوج ومقر أيضاً بالزوجية، أو كان الحاكم يعلم بذلك، فرض الحاكم لها في ذلك المال نفقتها، وقال زفر: لا يفرض لها.

وجه قول أصحابنا: أن الذي في يده المال إذا أقرَّ به وبالزوجية، فقد أقر بثبوت حقها فيه، فيقضي القاضي عليه باعترافه؛ [لأن][1] كل مَنْ في يده شيء، فالظاهر أنه مالكه (فيقضي القاضي)[2] عليه، ويسري إلىٰ الغائب من طريق الحكم، وليس كذلك إذا جحد أحد الأمرين؛ [لأنه][3] إذا جحد [١٨٠/أ] الزوجية لا يمكنها إقامة البينة؛ (لأن المودع ليس بخصم في الزوجية، وإن جحد الوديعة)[4] لم يمكنها إقامة البينة؛ لأنها ليست بخصم في إثبات حقوق زوجها.

وجه قول زفر: أن القضاء بالنفقة إنما يقع علىٰ الغائب، والمودع ليس بخصم عنه في ذلك، فلم يجز القضاء عليه من غير خصم.

وقد ذكر أبو الحسن الأمانات ولم يذكر الدَّيْن، وقد قالوا: إنها إذا أحضرت رجلاً للغائب عليه دين، وهو (يعترف)[5] بذلك وبالزوجية، قضىٰ عليه كما لو كان في يده وديعة، وكذلك يقضي بنفقة ولدها الصغار علىٰ المودع؛ لأن نفقتهم

---

(١) في ب (إذا) والمثبت من أ.

(٢) في الأصل (فيقع القضاء) والمثبت من أ.

(٣) في ب (أنه) والمثبت من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٥) في أ (معروف).



تجري مجرىٰ نفقتها، وقد قالوا: إن كانت الوديعة ما سِوىٰ الدراهم والدنانير والطعام، [لا] يقضي [القاضي] بالنفقة فيها؛ لأنه لا يمكن إيجاب النفقة إلا بالبيع، وبيع عروض الغائب في النفقة لا يجوز، فإن كانت الوديعة طعاماً قضىٰ فيها؛ لأنها نفس المستحق، وكذلك إن كانت ثياباً من جنس ما يكتسىٰ مثلها قضىٰ فيها بالكسوة؛ لأنها جنس المستحق عليه.

وقد قالوا: إذا قضىٰ لها بشيء من ذلك أخذ منها كفيلاً؛ لأن القاضي منصوب للاحتياط، ويجوز أن يحضر الغائب فيقيم البينة علىٰ طلاقها أو إيفاء نفقتها، فكان الواجب أن يتوثق القاضي مما يعطيها بالكفالة، وإنما قالوا: إن علم القاضي بالوديعة والزوجية يغني عن إقرار المودع؛ لأنه يقضي بعلمه فيه، فلا يحتاج إلىٰ بينة [يفتقر][1] إلىٰ مدعي[2].

١٩٠٥- فَصْل: [طلب الزوجة النفقة أثناء غياب الزوج]

قال: فإن جاءت والزوج غائب، [فطلبت][3] أن يفرض لها عليه نفقة، لم يجب إلىٰ ذلك، ولم يحكم عليه وهو غائب، وقد كان قول أبي حنيفة الأول: أن القاضي يقضي لها، وذهب إلىٰ ظاهر حديث أبي سفيان أن النبي ﷺ قال لهند: «**خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف**»[4]، وهذا قول إبراهيم ثم رجع إلىٰ قول شريح فقال: لا يقضىٰ لها بشيء؛ وذلك لأن القضاء علىٰ الغائب لا يجوز إلا بحضوره أو حضور من قام مقامه، وما روي في قصة هند أنه ﷺ قال

---

(١) في ب (فيقر) والمثبت من أ.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٤١٣.

(٣) في ب (يطلب) والمثبت من أ.

(٤) سبق تخريجه.

لها ذلك على طريق الفتوى لا القضاء؛ بدلالة أنه لم يقدِّر لها ما تأخذ.

١٩٠٦ ـ فَصْل: [سماع القاضي لبيِّنة الزوجية لفرض النفقة]

وقد قال زفر: في المرأة إذا حضرت وسألت القاضي أن يفرض لها على الغائب، سمع بيّنتها بالزوجية وفرض لها وأمرها بالاستدانة، فإذا حضر الزوج أمرها بإعادة البينة في وجهه، فإن فعلت قضى عليه بما استدانت، وإن لم تفعل لم يقضِ عليه بشيء.

وقال أبو يوسف: لا يسمع بيِّنتها ولا يفرض لها وهو الصحيح؛ وذلك لأن البينة لا تسمع إلا على خصم، فأما زفر فإنه قال: تسمع هذه البينة ليتوصل إلى الإذن [لها] في الاستدانة، فإذا حضر الزوج وسمع عليه البينة قضى بالفرض المتقدم [١٨٠/ب] وأوجب عليه الدين، وإن [لم تعد][(١)] البينة لم يجز القضاء عليه بالنفقة مع غيبته، فسقط ما استدانت.

١٩٠٧ ـ فَصْل: [مَن يشملهم النفقة بالقضاء]

قال: ولا يقضى في الوديعة بالنفقة إلا للزوجة والأولاد الصغار والكبار الزّمنى والإناث والوالدين، أما الزوجة فإن نفقتها تجري مجرى الديون؛ بدلالة وجوبها مع الإعسار، فتأكدت على سائر النفقات. وأما الأولاد الصغار فنفقتهم كنفقتها. فأما الأبوان فلأن مال الغائب في حكم مالهما لقوله ﷺ: «**أنت ومالك لأبيك**»[(٢)].

---

(١) في ب (كان بغير البينة) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ٢/١٤٢؛ وابن ماجه (٢٢٩٢)؛ والبيهقي في الكبرى، ٧/٤٨٠؛ والطبراني في الأوسط، ٦/٣٤٠؛ انظر: مجمع الزوائد، ٤/١٥٤.



وأما الأولاد الكبار الزّمنىٰ، والإناث؛ فلوجود الولاد، ومن سواهم من ذوي الأرحام نفقتهم صلة لم يتأكد حكمها، فلم يجز أن يثبت في مال الغائب[1].

وقد قالوا: إن الزوجة لو طلبت من الحاكم أن يوقع مهرها ودينها من الوديعة لم يفعل ذلك، وإن كان عالماً به؛ لأن النفقة إنما يدفعها للضرر في تأخيرها، ألا ترىٰ أنها للكفاية وفي دفعها منفعة للغائب؛ لأنه يختار إقامة كفاية زوجته وولده، وهذا المعنىٰ لا يوجد في الدين والمهر.

وقد قالوا: إن كان الحاكم فرض علىٰ الزوج النفقة قبل غيبته، وطلبت من الحاكم أن يقضي لها بنفقة [ما مضىٰ][2] في الوديعة، قضىٰ لها بذلك؛ لأن النفقة لما جاز القضاء بها، استوىٰ الماضي والمستقبل؛ لأن طريقهما واحد.

١٩٠٨ـ فَصْـل: [بيع العروض والعقار في النفقة]

ولا يبيع في النفقة عُرُوْضاً ولا عَقَاراً[3]؛ وذلك لأن البيع إنما يكون علىٰ طريق الحَجْر[4]، والحجر عند أبي حنيفة علىٰ الحر العاقل البالغ لا يجوز، فأما علىٰ قولهما: فإنما يبيع الحاكم [العروض] علىٰ الحاضر الممتنع، فأما الغائب فلا يعلم امتناعه فلا يباع عليه.

---

(١) انظر: الأصل ١٠/٣٢٨.

(٢) في ب (ماضية) والمثبت من أ.

(٣) «العُرُوض: الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا تكون حيوانًا ولا عَقَارًا». مختار الصحاح (عرض).

«والعَقَار ـ بالفتح مخففًا ـ: الأرض والضياع والنخل»، وقيل: «كل مال له أصل من دار أو ضيعة». مختار الصحاح؛ المغرب (عقر) ز

(٤) والحَجْر: المنع، ومنه حَجَر القاضي عليه: منعه من التصرف في ماله من أن يفسده، فهو محجور عليه. انظر: المغرب (حجر).

١٩٠٩ ـ فَصْل: [حبس الزوج لدفع النفقة]

قال: وإذا فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع عن دفعها، لم يحبسه الحاكم أول مرة تقدم إليه، [وأمره] بدفع النفقة وأخبره أنها إن عادت [فطلبت] أن يدفع إليها حبسه، يفعل ذلك مرتين أو ثلاثاً، فإن لم يدفع حبسه(١).

والأصل في ذلك: أن النفقة صارت ديناً بالقضاء، فهي كسائر الديون، وإنما لا يحبس أول مرة؛ لأنه لا يعلم الامتناع لجواز أن يماطلها ثم يدفع، فإذا تكرر ذلك فقد امتنع من حق وجب عليه مع القدرة فاستحق العقوبة، وإنما وجب الحبس في الديون لقوله ﷺ **«لصاحب الحق اليد واللسان»**(٢)، فاللسان للمطالبة واليد للملازمة.

وروي **(أن رجلاً أعتق شقصاً له في عبد فحبسه النبي ﷺ حتى باع** [غنيمة](٣) **له في ذلك)**، وبنى علي بن أبي طالب حَبْساً بالكوفة وسماه نافعاً فهرب الناس منه، فبنى حبساً أوثق منه وسماه مُخَيِّسًا، فقال:

أما تراني كيّسًا مُكيّسًا ❊ بنيت بعد نافع مخيسًا

حصناً حصيناً(٤)

[١٨١/أ] وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف.

وقد قال أصحابنا: إن كان عَلَى الرجل دين، فادَّعى الإعسار، وادعى غريمه

---

(١) انظر: الأصل ١٠/٣٣٠.

(٢) أخرجه الدارقطني، ٤/٢٣٢؛ وابن عدي في الكامل، ٦/٢٧٨؛ انظر: نصب الراية، ٤/١٦٦.

(٣) في الأصل (غنمًا) والمثبت من السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٢٧٦؛ وابن أبي شيبة في مصنفه ٤/٤٢٤؛ وابن حجر في المطالب العالية ٧/٤٧٣.

(٤) الأثر أخرجه ابن أبي شيبة لكن بلفظ: (أم تر كيسًا مكيّسًا... بنيت بعد نافع مخيسًا) ٥/٢٧٥. (نافع ومخيّس) سجنان بناهما عَلِيّ ﷺ. انظر: الأصل ١٠/٤٨٩؛ المغرب (كيس).

اليسار ، فكل دين هو بدل عن مال حصل في يده فصار به غنياً كأثمان المبيعات وبدل القرض ، أو كان مالاً [التزمه][1] بعقد كالكفالة والمهر ، [فلا يصدق في ذلك الإعسار ؛ وذلك لأن ما كان بدلاً عن مال حصل في يده ، فقد عرفناه] ، فدعواه الفقر دعوىٰ زوال ما في يده ، وذلك معنىٰ حادث فلا يصدق ، وما التزمه بعقد إذا ادعىٰ الإعسار يريد إسقاط ما التزمه فلا يقبل قوله ، [وما سوىٰ ذلك][2] فالقول قوله في الإعسار ؛ لأن الأصل الفقر ؛ بدلالة قوله ﷺ: «**كل مولود يولد أحمر لا قشرة عليه ثم يرزقه الله تعالىٰ من فضله**»[3] ، وإذا كان الأصل الفقر ، فمن ادّعىٰ الغنىٰ يدعي معنىٰ حادثاً فلا تقبل دعواه إلا ببينة ، وإذا جعلنا القول قوله لم يحبسه الحاكم ؛ لأن الحبس عقوبة فيستحقها الممتنع من الحق مع القدرة ، فأما مع عدمها فلا يستحقها ، وإذا حبسه الحاكم شهرين أو ثلاثة سأل عن أمره ، فإن لم يظهر له مال أفرج عنه ، وقد اختلفت الرواية في ذلك ، فقالوا: يحبس شهرين ، وقالوا: ثلاثة ، وذكر الحسن: أربعة ، وهذا ليس بخلاف ؛ لأن المعتبر أن تمضي مدة يعلم من حاله أنه لو كان له مال لأظهره لضجره بالحبس ، وذلك يختلف باختلاف الناس ، فمنهم من يضجر بقليل المدة ، ومنهم [اللحِز][4] الذي لا يضجر بكثير المدة ، فكان علىٰ الحاكم أن يقدر الحبس بما يغلب في ظنه من حال الرجل ، فإذا مضت المدة وقامت البينة بالإعسار ، أو سأل الحاكم عنه ، فبان إعساره لم يجز حبسه ؛ لأنه غير قادر علىٰ أداء الدين ، فلم يجز أن يعاقب علىٰ الامتناع ، إلا أن القاضي لا يخرجه إلا بحضرة غريمه ؛ أو وكيل غريمه ؛ لأن

(١) في ب (ألزمه) والمثبت من أ.

(٢) في ب (وما سواه) والمثبت من أ.

(٣) أخرجه ابن سعد في الطبقات ، ٦/٣٣.

(٤) في ب (اللحف) والمثبت من أ ، «واللحِزُ: البخيل الضيق الخلق» كما في الصحاح (لحز).

الإخراج من الحبس قضاء بالإعسار، وذلك يقف علىٰ حضور الخصم، ولأن من حق خصمه أن يقيم بينة علىٰ يساره، فلم يجز إخراجه إلا بحضوره حتىٰ يعلم عجزه عن إقامة البينة[1].

١٩١٠ ـ فَصْل: [ملازمة أصحاب الحقوق الخصم]

وإذا أخرجه من الحبس لم يحل بينه وبين خصمه وبين ملازمته ليأخذ ما يفضل من إكسابه عن حاجته، إلا أنه لا يمنعه من تصرفه ولا سفره، وقال الشافعي: يحول بينهما حتىٰ يثبت اليسار.

لنا: روي (**أن رسول الله ﷺ ابتاع بعيراً بثمن إلىٰ أجل، فلما حل الأجل طالبه الأعرابي، فقال: «ما عندنا شيء»، فقال الأعرابي: وا غدراه، فتبادر إليه أصحاب رسول الله ﷺ، فقال: «دعوه، فلصاحب الحق اليد واللسان»**)[2]، فأخبر أن للأعرابي اليد مع قوله إنه لا شيء عندي، ولأن الغريم يمكنه الاستيفاء من الكسب كما يمكنه من المال، فإذا جاز له أن يلازمه حتىٰ يستوفي [من] أحدهما، فكذلك الآخر.

١٩١١ ـ فَصْل: [ادعاء الزوج بإيفاء الحق]

فإن ادّعىٰ [١٨١/ب] الزوج أنه قد أعطاها [لم يقبل قوله] وحُلِّفت المرأة؛ وذلك لأنه يَدَّعِي قضاء الدين، فلا يُقْبَلُ دعواه إلا ببينة، وعليها اليمين؛ لأن من جعل القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة وهو مما يَصِحُّ بذله، فالقول قوله مع

---

(١) انظر: الأصل ٣٣٠/١٠؛ انظر: الحبس في الدين وغيره: الأصل ٤٨٩/١٠ وما بعدها.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن مرسلاً، ٢٣٢/٤؛ وابن عدي في الكامل، ٢٧٨/٥؛ وفي الصحيحين (فإن لصاحب الحق مقالاً). انظر: نصب الراية، ١٦٦/٤.

يمينه كالديون[1].

قالوا: وإن كان موسراً أدام حبسه ؛ لأنه يقدر علىٰ إيفاء الحق ، والممتنع مع القدرة يستحق العقوبة.

١٩١٢ ـ فَصْل: [الحبس مع عدم القدرة علىٰ الأداء]

وقال أبو يوسف: إذا علم الحاكم منه الحاجة لم يحبسه ، وأمر المرأة أن تستدين عليه ؛ وذلك لأن الفقير لا يقدر علىٰ أداء النفقة ، فلا يجوز أن يحبس مع عدم القدرة علىٰ الأداء ، فأما الاستدانة فالكلام فيها فرع علىٰ أن المعسر بنفقة امرأته لا يفرق بينها وبينه ، وقال الشافعي: إن طلبت المرأة الفرقة فرق القاضي[2].

لنا: أنها نفقة واجبة ، فإذا عجز عنها لم يزل ملكه [بغير] عوض كنفقة العبد ؛ ولأنها حق من حقوق النكاح لا يستقر به المهر فلا يثبت الفرقة لأجله كالوطء الثاني والثالث ، ولأنه مال مقصود بالعقد فصار كالمهر ، وإذا ثبت أنه لا يفرق وجب أن يتوصل إلىٰ إيفاء حقها بالإذن لها في الاستدانة عليه ، ولا يقال لا فائدة في الإذن في الاستدانة ؛ لأنه إذا فرض النفقة صارت ديناً لها عليه ، فإذا استدانت علىٰ [نفقتها][3] وجبت عليه وإن لم يؤذن لها في الاستدانة ؛ وذلك لأن فائدة الإذن (أن نحيل)[4] الغريم علىٰ الزوج ، فيطالبه بالدين وإن لم يرض بذلك ، فإذا استدانت من غير أمر لم يجز ذلك ، فكانت المطالبة [عليها][5] خاصة.

---

(١) انظر: الأصل ١٠/٤٩٢.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص٤١٢ ؛ المهذب ٤/٦١٤.

(٣) في ب (نفسها) والمثبت من أ.

(٤) في أ (أنها نحيل).

(٥) في ب (إليها) والمثبت من أ.



قال: فإن استدانت قبل أن يأمرها الحاكم فهي متطوعة ولا شيء من ذلك علىٰ الزوج؛ لأنها لا تملك إلزامه الدين إلا أن يأذن لها في الاستدانة، أو يأذن [لها][1] من له عليه ولاية، فأما قوله: إنها متطوعة، فإن كان [يريد بالإنفاق][2] فقد وضع المسألة علىٰ أن الحاكم لم يفرض النفقة، فإذا أنفقت فهي متطوعة، فأما إذا فرض صار ذلك ديناً لها فلا تكون متطوعة بالإنفاق، ويجوز أن يكون أراد بقوله: متطوعة، أي: في الاستدانة، يعني أن الزوج لا يجب عليه للغريم شيء.

١٩١٣ ـ فَصْل: [مطالبة الزوجة بالنفقة السابقة]

وإذا فرض القاضي النفقة، أو صالحت المرأة زوجها علىٰ نفقة كل شهر، ثم منعها ذلك شهورًا غائباً كان أو حاضراً، فلها أن تطالبه بنفقة ما مضىٰ؛ لأنا قدمنا أن النفقة تصير ديناً بالقرض والاصطلاح، فصارت كسائر الديون وليس كذلك نفقة ذوي الأرحام إذا مضت المدة؛ وذلك لأنها موضوعة للكفاية، وقد حصلت الكفاية فيما مضىٰ فلم يجز الرجوع، فأما نفقة الزوجة تثبت مع الغنىٰ عن الكفاية، ألا ترىٰ أنها [١٨٢/أ] تجب للموسرة وليس في مضي الزمان أكثر من الاستغناء[3].

١٩١٤ ـ فَصْل: [موت الزوج قبل أن يعطيها النفقة]

قال: فإن مات الزوج قبل أن يعطيها لم يحكم (في ماله بالنفقة)[4]؛

---

(١) في ب (فيها) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يعني بالإيفاء).

(٣) انظر: مختصر القدوري ص٤١٣.

(٤) في أ (بنفقتها في ماله).

وذلك لأن النفقة طريقها طريق الصلات، فإذا لم يقبض بطلت بالموت كالهبة[1].

١٩١٥ ـ فَصْـل: [في رجوع ورثة الزوج لسلف الزوجة قبل مضي الوقت]

وإن أسلفها الزوج نفقتها وكسوتها، ثم مات قبل مضي الوقت الذي استسلفت له لم يكن لورثته الرجوع عليها بشيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذلك إن ماتت هي لم يرجع الزوج في تركتها.

وقال محمد: أدفع [لها] من النفقة حصة ما مضىٰ، وأقضي عليها بِرَدِّ الباقي.

وروىٰ ابن رستم عن محمد: أنها إن كانت قبضت نفقة شهر أو دونه لم يرجع عليها بشيء، وإن قبضت أكثر من ذلك رفع عنها نفقة شهر، وردت ما بقي.

وجه قولهما: أن النفقة صلة، فإذا اتصلت بالقبض لم يثبت فيها الرجوع بعد الموت كالهبة.

وجه قول محمد: أنها قبضت قبضاً مضموناً لِمَا تستحقه علىٰ الزوج، فإذا بطل الاستحقاق بالموت، بقي القبض من غير حق، فيجب رده كالديون، فأما الرواية الأخرىٰ فهي استحسان، [ووجهها: أن الشهر وما دونه في حكم اليسير]، وما زاد عليه في حكم الكثير (فيثبت به الرجوع كالدين)[2][3].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤١٣.

(٢) في أ (فيثبت له الرجوع).

(٣) انظر: المصدر السابق نفسه.

بَابُ
النَّفَقَةِ على ذَوِي الرَّحِمِ المَحْرَم

قال الشيخ رحمه الله: الأصل في هذا الباب أن الإنسان يجب عليه مع اليسار نفقة أبويه الفقيرين، وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣] فمنع من إدخال الضرر عليهما بهذا القدر، وإدخال الضرر بترك الإنفاق أكثر، وقال النبي ﷺ: «**أنت ومالك لأبيك**»[1]، وأقلُّ أحوال هذا اللفظ أن يفيد وجوب الإنفاق، فقال ﷺ: «**إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه، فكلوا من كسب أولادكم**»[2]، فإذا كان مال الولد مضافاً إلىٰ الأب بأنه كسبه صار غنياً به، فوجبت نفقته فيه ويجب عليه نفقة الأولاد الصغار والكبار الزمنىٰ والإناث والعميان؛ وذلك لأن رحمهم كاملة كالوالدين؛ ولأن الولاد موجود كالأب، وهذا لا خلاف فيه، فأما من سوىٰ الوالدين والولد فالنفقة واجبة عندنا لكل ذي رحم [محرم] إذا كان فقيراً عاجزاً عن الكسب.

وقال ابن أبي ليلىٰ: تجب النفقة لكل وارث، وقال الشافعي: لا تجب النفقة إلا للوالدين والولد[3].

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] إلىٰ أن قال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ٢/١٤٢؛ وابن ماجه (٢٢٩٢)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٧/٤٨٠؛ والإمام أحمد في المسند، ٢/٢٠٤؛ بالتفصيل انظر: مجمع الزوائد، ٤/١٥٥.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٣٠)؛ والنسائي في المجتبىٰ (٤٤٥٠)؛ والإمام أحمد في المسند، ٢/٢١٤؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٧/٤٨٠.

(٣) انظر: المهذب ٤/٦٢٥.



رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فهذا يدل علىٰ وجوب النفقة علىٰ كل وارث إلا ما قام عليه دليل، ولا يجوز[١] أن يقال أن ابن عباس حمل ذلك علىٰ نفي المضارة؛ لأن عمرَ وزيدًا حملاه علىٰ النفقة، ولأن الكناية بذلك تنصرف إلىٰ الأبعد، ولأن نفي الضرر لا يختص بالوارث، بل يعم [١٨٢/ب] جميع الناس، فوجب حملها علىٰ ما يختص الوارث، ولأن له رَحِماً كاملة فصار كالوالدين والولد، وأما الخلاف مع ابن أبي ليلىٰ فيتصور في ابن العم ومن يجري مجراه، فالدليل علىٰ أنه لا نفقة لهم أنه يجوز أن تجري بينهم المناكحة، فصار كالأجانب.

١٩١٦ـ فَصْل: [علىٰ من تجب نفقة ذوي الأرحام؟]

وقد قالوا: إنّ نفقة ذوي الأرحام تجب علىٰ الأغنياء، ولا تجب علىٰ الفقير إلا نفقة زوجته وأولاده الصغار[٢]، وذلك لأن نفقة ذوي الأرحام إنما هي علىٰ طريق الصلة، فلو أوجبنا علىٰ الفقير [للفقير] لم يكن إيجابها عليه أولىٰ من إيجابها له، فأما الزوجة فنفقتها أجريت مجرىٰ الديون بدلالة أنه يقضىٰ لها مع يسارها، والديون تجب في حال الإعسار واليسار، والأولاد الصغار يجرون مجراها، [ألا ترىٰ][٣] أنها هي المستحقة لأخذ نفقتهم[٤].

١٩١٧ـ فَصْل: [نفقة ذوي الأرحام الأغنياء]

ولا يقضىٰ بنفقة أحد من ذوي الأرحام علىٰ غيره إذا كان غنياً؛ لأنه مستغنٍ

(١) في أ (ولا يقال).

(٢) في ب (فقير إلا لزوجته ولولده الصغار) والمثبت من أ.

(٣) في ب (إلا) والمثبت من أ.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٤١٤.

بما له ، فكان إيجاب نفقته فيه أولىٰ من إيجابها في مال غيره ؛ ولأنا لو قضينا للغني لم يكن ذلك بأولىٰ من القضاء للمقضي عليه علىٰ المقضي له ، فأما الزوجة فإنها تستحق النفقة مع الغنىٰ خاصة ؛ لأن نفقتها تستحق بحكم عقد كالإبراء[1] ، فيجوز أن تجب مع اليسار ، فإذا حصل الفقر في ذوي الأرحام قضي لصغارهم بالنفقة ؛ لأنه لا مال لهم ولا كسب ، فوجب صلة أرحامهم بكفايتهم.

وكذلك الإناث ؛ لأن المرأة لا تقدر علىٰ الكسب فهي كالصَّبِيِّ ، وكذلك الكبار الزمنىٰ ، والعميان ، والمجانين ؛ لأنهم لا يقدرون علىٰ الكسب.

فأما الكبار الأصحاء فلا يقضىٰ لهم بنفقة علىٰ غيرهم إذا كانوا فقراء إلا الأبوين خاصة والجد والجدة مع عدمهما ؛ وذلك لأن الرجل الصحيح قادر علىٰ التكسب ، فصار غناه بكسبه كغناه بماله ، فلا تجب نفقته علىٰ غيره.

فأما الأبوان فيقضىٰ علىٰ ولدهما بنفقتهما مع الصحة ؛ لأن تعريضهما للكسب مع غنىٰ الولد إلحاق مشقة بهما ، والولد ممنوع من ذلك ؛ ولأن مال الولد في حكم كسب الأب ، فصار كمالِ نفسه.

قال أبو يوسف: إذا كان الابن فقيراً والأب زَمِناً ، فإن الأب يشارك الابن في القوت بالمعروف ؛ وذلك لأن كسب الابن مضاف إلىٰ الأب بأنه كسبه فيثبت حقه فيه ؛ ولأنه لا يخشىٰ التلف بمشاركة [الابن][2] ، ولو لم يشاركه خشي علىٰ الأب فكانت المشاركة أولىٰ ، ولا يشارك الأب الموسر في نفقة ولده أحد ؛ وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] فألزم الأب أجرة

---

(١) في أ (كالإبدال).

(٢) في ب (الأب) والمثبت من أ.



الرضاع مع وجود الأم، فدل على أنها لا تشارك الأب، وإذا لم تشاركه الأم مع المساواة في الدرجة فالأبعد أولى، وكذلك قالوا لا يشارك الأولاد في نفقة الوالدين أحد، [١٨٣/أ] فإذا كان للفقير ابن غني وأب غني فنفقته على ابنه دون أبيه؛ وذلك لأن مال الابن مضاف إلى الأب أنه كسبه، ومال الأب ليس بمضاف إلى الابن، فكان[1] إيجاب النفقة فيما هو في حكم ماله أولى؛ ولأن مال الابن لمّا أجري مجرى مال الأب، صار الأب غنياً به، فلم تجب نفقته على غيره، وعلى هذا قالوا: لا يشارك الزوجَ أحدٌ في نفقة زوجته؛ لأن ذلك مستحقاً لها بحكم العقد كالمهر[2].

١٩١٨ - فَصل: [نفقة ذوي الأرحام سوى الابن والأب]

وأما مَنْ سوى هؤلاء فالنفقة تنقسم عليهم على قدر مواريثهم إذا كانوا ذوي رَحِم مَحْرم وذلك لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ فعلق الاستحقاق بالإرث فوجب اعتبار[3] قدره[4].

وقد قال أصحابنا: [فيمن][5] أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات، كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو أوصى لولدِ فلان، كان[6] الذكر والأنثى سواء؛ لأنه في الفصل الأول علق الاستحقاق بجهة الإرث، وذلك يثبت على التفضيل.

(١) في أ (فصار).
(٢) انظر: الأصل ١٠/٣٤٠؛ مختصر القدوري ص٤١٤.
(٣) في أ (اعتباره).
(٤) انظر: الأصل ١٠/٣٤١، ٣٤٢.
(٥) في ب (فمن) والمثبت من أ.
(٦) في أ (فإن).



١٩١٩ـ فَصْل: [النفقة بين الوالد وابن ابنه]

قال: ولو كان له والدٌ وابن ابن فنفقته على الوالد؛ وذلك لأنه أقرب من ابن الابن، فإيجاب النفقة عليه أولى، فأما الجد وابن الابن فعلى الجد السدس، وعلى ابن الابن ما بقي؛ لأنهما تساويا في الدرجة، فكانت النفقة على قدر ميراثهما، فإن كان أم وعم، أو عمّ وأخ لأب وأم أو لأب، فعلى الأم الثلث، وعلى العم أو الأخ الثلثان؛ وذلك لأن الأم يشاركها غيرها في النفقة، فإذا اجتمع معها قسمت النفقة على قدر ميراثهما.

قال الشيخ ﷺ، وقال ابن سماعة عن محمد في صغيرة لها أب موسر، وأم أم: فالحضانة للجدة، والنفقة على الأب؛ وذلك لما بينا أن الأب لا يشاركه في نفقة الولد غيره؛ ولأن الأم لا تشاركه مع قربها فالجدة مع بعدها أولى.

قال: وإن كان للصغيرة مال فالنفقة في مالها؛ لما قدمنا أنه لا يقضى بالنفقة لغني إلا الزوجة.

قال: وإن كان مالها غائباً أمرت الأب أن ينفق عليها ويرجع في مالها؛ وذلك لأنه لو لم يكن لها مال لزمه الإنفاق، فإذا كان المال غائباً أمكنه تحصيل حقها من الإنفاق، وحق الأب في إثبات الرجوع. قال: فإن لم أكن أمرته[1] بالنفقة فأنفق لم يرجع عليها إلا أن يكون أشهد أنه يرجع؛ وذلك لأن الظاهر أن الإنسان يتبرع بالنفقة على ولده ولا يرجع به، فحمل على الظاهر، فإذا أشهد عند الإنفاق فقد أزال الظاهر، (وبَيَّنَ أنه أنفق على طريق العوض، وهو يملك إيجاب الدَّيْنِ على الصغير، كما لو اقترض له مالاً وسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يرجع وإن

(١) في ب (لم تأمره) والمثبت من أ.



لم يُشْهِد ـ إذا كان في بيته يوم دفع ـ أنه يرجع ، فأما في القضاء فلا يرجع إلا أن يشهد ؛ وذلك لأنه إذا نوى الرجوع فقد جعل [١٨٣/ب] ذلك ديناً على الصغير ، وهو يملك إثبات الدين عليه إلا أنه لا يقبل قوله لمخالفة الظاهر) ، والله تعالى عالم بالنيّة ، فجاز له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى .

قال: فإن كان مال الصبية[١] غائباً والأب معسر لا يقدر على شيء أمرت الجدة أن تنفق ، ويكون ذلك ديناً على الأب يرجع به في مال ابنته ؛ لأن الجدة لا يلزمها الإنفاق على (الصغيرة لو)[٢] لم يكن لها مال مع وجود الأب ، فإذا كان لها مال غائب كان أيسر فيطالب الأب بالنفقة ، فإذا لم يقدر عليها استدين عليه ؛ ليتوصل إلى [الإنفاق عليها][٣] ، ثم يرجع الأب في مالها ؛ لأنه لا يلزمه أن يتبرع عليها مع الغنى .

قال أبو يوسف في الفقير: إذا كان له أولاد صغار ولهم جَدٌّ مُوْسِر أبو أبيهم ، لم أفرض النفقة على الجد ؛ لأنه لا يلزمه نفقة أبيهم إذا كان فقيراً ، فأولى أن لا يلزمه نفقة أولاده .

قال محمد: آمر الجَدَّ بالنفقة على ولد ابنه ، ويكون ذلك ديناً على أبيه ؛ لأنا نتوصل إلى إحيائهم في الحال بمال الجد ، ويكون ذلك ديناً على الأب ؛ لأنه المطالب به فيوفي الحقّين ، ولو كان الأب [زَمِنًا][٤] والمسألة بحالها قضى على الجد بالنفقة في قولهم ؛ لأنه تلزمه نفقة أبيهم إذا كان فقيراً ، فكذلك يقضى عليه لولده[٥] .

---

(١) في أ (الصبيّ).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٣) في ب (إيفاء حق الصغيرة) والمثبت من أ.
(٤) في ب (ميتًا) والمثبت من أ.
(٥) انظر: الأصل ٣٤٩/١٠.

١٩٢٠ـ فَصْل: [النفقة على فقير له عمّ وخال]

وقد قالوا في عم وخال: إنّ النفقة على العم؛ لأنهما تساويا في القرابة، والعم هو المستحق للميراث، وقد قالوا في خال وابن عَمٍّ: إنّ النفقة على الخال؛ لأنه ذو رَحِم مَحْرَمٍ، وابن العم رَحِم غير مَحْرَمٍ فسقط حكمه.

وقالوا في عمة وخالة وابن عَمٍّ: فعلى الخالة الثلث وعلى العمة الثلثان؛ وذلك لأن ابن العم لا يعتد به في النفقة، [والميراث يكون بين العمة والخالة أثلاثًا، فكذلك النفقة] وإن كان معهما عَمٌّ موسر فالنفقة عليه؛ لأنه ساواهما في الرحم والمحرم وهو الوارث دونهما، وإن كان معسراً فالنفقة [عليهما]؛ لأن المُعْسر في النفقة إذا لم يكن والداً ولا زوجاً كالميت؛ لأنه لا يقدر عليها فيعتبر من سواه.

وقالوا في ثلاث أخوات متفرقات وابن عم: إنّ النفقة على الأخوات على خمسة: على الأخت للأب والأم ثلاثة، وعلى الأخت للأب سهم، وعلى الأخت للأم سهم؛ وذلك لأن ابن العم لا يعتد به في النفقة، فكأنَّ ليس [له إلا][(١)] الأخوات، ميراثه لهن على خمسة بالفرض والرَّد، فكذلك النفقة عليهن [على خمسة]، ولو كانوا إخوة متفرقين فالنفقة على الأخ للأب والأم، وعلى الأخ للأم على ستة: السدس منها على الأخ للأم؛ وذلك لأن الأخ للأب لا يرث معهما، فسقط حكمه فوجب عليهما [النفقة] على قدر ميراثهما: على الأخ للأم السدس، وما بقي على الأخ للأب والأم.

قالوا في فقير له ابنٌ فقير وثلاث إخوة متفرقين: فالنفقة على الأخ للأب

---

(١) في ب (فكان ليس هو) والمثبت من أ.



والأم، والأخ للأم، ونفقة الولد علىٰ الأخ للأب والأم خاصة؛ وذلك لأن النفقة علىٰ الأخوين [١٨٤/أ] علىٰ قدر ميراثهما، فأما الولد فوارثه العم للأب والأم دون العم للأب والعم للأم.

قال: فإن كان [مكان] الابن بنت فالنفقة علىٰ الأخ للأب والأم خاصة؛ وذلك لأن في الفصل الأول لا يمكن إيجاب النفقة علىٰ الإخوة إلا مع الحكم بجعل[١] الولد كالميت، ولو مات الولد كان الميراث للأخ للأب والأم والأخ للأم.

فأما المسألة الثانية فلا تحتاج إلىٰ الحكم [بإماتة] البنت؛ لأن الأخ يرث معها، فإذا لم يحكم بأنها كالميتة، فالميراث للأخ للأب والأم خاصة، فكذلك النفقة عليه[٢].

١٩٢١ـ فَصْل: [في نفقة غلام له أب محتاج زَمِنٌ وقرابة]

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في غلام له والد محتاج وهو زَمِن، فرضتُ نفقته علىٰ قرابته من قِبَلِ أبيه دون قرابته من قِبَلِ أُمِّهِ، كل مَنْ أجبرته علىٰ نفقة الأب أجبرته علىٰ نفقة الغلام إذا كان الأب حياً؛ وذلك لأن النفقة مع بقاء الأب تجري مجرىٰ إقامة كفاية الأب، فيجب علىٰ قرابته دون قرابة (أمه)[٣].

قال: فإن لم يكن له قرابة من قِبَلِ أبيه، قضيت بالنفقة علىٰ أبيه، وأمرت الخال أن ينفق عليه ويكون ذلك ديناً له علىٰ الأب؛ وذلك لما بينا أن أقارب

---

(١) في أ (بأن).
(٢) انظر: الأصل ١٠/٣٤٠ ـ ٣٤٢.
(٣) في أ (أبيه).

الأب يلزمهم نفقته إذا كان زَمِناً، ونفقة ولده تجري مجرىٰ نفقته.

فأما أقارب الأم: فلو لزمتهم النفقة للزمتهم للولد، ولا يجوز أن يشارك الأبَ في نفقة ولده أحدٌ، فقضي عليه وجعل ديناً علىٰ الأب.

وقال في الأب الفقير والأم الموسرة: أفرض النفقة علىٰ الأب، وآمر الأم بالنفقة علىٰ الغلام، ويكون ديناً علىٰ الأب؛ لأنها لا تشارك الأب في نفقة ولده، فلم يبق إلا أن تنفق عليه ديناً علىٰ الأب.

وقال في رجل محتاج وله أولاد صغار وأخ موسر فقال: أفرض النفقة علىٰ عمهم، وهذا صحيح لأنه ممن يلزمه نفقة أبيهم.

وقال في زوج معسر وللمرأة أخ موسر: أجبرته علىٰ نفقتها وأتبع[1] بها الزوج؛ لأن الزوج لا يشاركه في نفقة زوجته أحدٌ، فكان علىٰ الأخ أن ينفق ديناً علىٰ الزوج كما لو استدانت عليه[2].

١٩٢٢ ـ فَصْل: [حبس الوالد في نفقة ولده]

وقال محمد: يحبس الرجل في نفقة ولده؛ (وذلك لأنها)[3] لا تستدرك إلا بالحبس، ألا ترىٰ أنها تسقط بمضي الزمان، وليس كذلك سائر ديون الابن[4]؛ لأن الأب لا يحبس فيها؛ لأنها لا تسقط بمضي الوقت، وفي الحبس ضرر فلم يجب أن يلحق بالأب ضرر لأجل مال ولده، ولهذا قال أصحابنا في الممتنع من

(١) في أ (وأرجع بها علىٰ الزوج).
(٢) انظر: الأصل ٣٥٣/١٠.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٤) في أ (سائر الديون ألا ترىٰ).

أداء الحقوق: إنه يحبس، والممتنع من القسم يضرب؛ لأنه لا يستدرك بالحبس، ألا ترىٰ أنه يفوت بمضيّ الزمان فاستدرك بالضرب.

١٩٢٣ـ فَصْل: [نفقة صبي صغير فقير أعتقه مولاه]

وقالوا في صبي صغير أعتقه مولاه: ولا شيء له، ينفق عليه من بيت المال؛ لأنه من جملة المسلمين، وليس له قرابة غَنِيّ.

وقالوا: في صغير في يدي رجل قال لرجل: هذا عبدك أودعتنيه فجحد، قال محمد: أستحلفه بالله ما أودعتَه؛ فإن حلف قضيت [١٨٤/ب] بنفقته علىٰ الذي هو في يده؛ وذلك لأنه اعترف برقه وأقر به لغيره، فرُدَّ إقراره، فبقي علىٰ حكم ملكه فيلزمه نفقته.

قال محمد: ولو كان كبيراً لما استحلف المُدَّعَىٰ عليه؛ وذلك لأن الكبير في يد نفسه، فدعوىٰ من هو في يده لا يتعلق بها حكم، فوجب الإنفاق[١] علىٰ من يَدَّعي عليه الكبير.

١٩٢٤ـ فَصْل: [حدّ الغنىٰ الذي يجب فيه النفقة]

وإذا ثبت وجوب النفقة علىٰ ذي رَحِم الغني، وجب أن يبين حدّ الغِنىٰ.

قال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال: لا أجبر علىٰ نفقة ذي الرحم المحرم من لم يكن معه [ما يجب فيه الزكاة]، ولو كان معه مائتا درهم إلا درهم وليس له عِيال، وله أخت محتاجة، لم أجبره علىٰ نفقتها. قال: وإن كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر خمسين درهماً، وقال هشام عن محمد: إذا كان له

(١) في أ (إنفاق الأمر).

نفقة شهر وعنده فضل نفقة شهر له ولعياله، أجبره على نفقة ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ[1].

قال محمد: فأما من لا شيء له وهو يكتسب كل يوم درهماً يكتفي منه بأربعة دوانق، فإنه يدفع لنفسه ولعياله ما يتسع فيه، وينفق فضله على من يجبر على نفقته.

وجه قول أبي يوسف: أن نفقة[2] الرحم صلة، والصلات تلزم مع الغنى كالصدقات، (وحدّ الغنى في الشريعة: ما تجب فيه الزكاة، فمن ملك ما لا تجب فيه الزكاة لم تلزمه الصلة)[3].

وجه قول محمد: أن من كان عنده كفاية شهر، فما زاد عليها فهو غني عنه في الحال، والشهر متسع للاكتساب، فكان عليه صرف الزيادة إلى أقاربه، ومن له كسب دائم وهو غير محتاج إلى جميعه، فما زاد على كفايته يجب صرفه إلى أقاربه، كفضل ماله إذا كان له مال.

قال: ولا معنى لاعتبار النصاب؛ لأن ذلك يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى، وهذا حق آدمي فلا يعتبر فيه النصاب، وإنما يعتبر الإمكان (من الأداء)[4].

١٩٢٥ - فَصْل: [على من ينفق من مال الغائب]

قال أبو الحسن: فإن كان الرجل غائباً لم ينفق على أحد من ماله إلا الأبوان والزوجة والولد [الصغير]، وهذا إنما يعنى به إذا اعترف من في يده المال

---

(١) انظر: الأصل ٣٦٦/١٠.

(٢) في أ (أن النفقة للرحم صلة).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) ساقطة من أ.




بالزوجية والمال، وقد بيَّنَّا ذلك فيما تقدم[1].

وقد قالوا: إن الأب ينفق من مال الابن عند غيبته إذا كان محتاجاً؛ لأن له شبهة ملك في ماله، فجاز له تناول ما يحتاج إليه من غير إذنه.

قالوا: فإن أنفق الأب من مال ابنه وحضر الابن، فقال: كنتَ مُوْسراً، فقال الأب: كنتُ مُعْسراً، ينظر إلىٰ حال الأب في حال الخصومة: فإن كان معسراً فالقول قوله، وإن كان مُوسراً فالقول قول الابن؛ لأنه إذا كان معسراً فالظاهر أنه لم يتغير حاله، ومن ادعىٰ الظاهر فالقول قوله، فإن أقاما البيِّنة فالبينة بينة الابن؛ لأن شهوده يشهدون [١٨٥/أ] بالغنىٰ، وشهود الأب يشهدون بالفقر، ومن علم الغنىٰ فقد علم معنىً زائداً لم يعلمه غيره.

١٩٢٦ ـ فَصْل: [ما يباع علىٰ غائب للنفقة]

قال أبو حنيفة: لا يباع علىٰ غائب شيء في نفقةٍ إلا الأبوين فإنهما يبيعان مقدار ما يحتاجان إليه من العُرُوْض دون العَقَارِ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيعهما هو القياس، وذكر أبو الحسن: أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة وقال: هو حسن.

وجه قول أبي حنيفة: أن الأب له ولاية في مال الابن في حال الصغر، والبلوغُ يرفع ولايته، فجاز أن يبقىٰ أثرها كالموت، ألا ترىٰ أنه إذا مات سقطت ولايته وبقي أثرها وهو تصرف الوصي؛ ولأن مال الولد مضاف إلىٰ الأب بأنه كسبه، وفي بيع العروض منفعة للغائب؛ لأنها مما تتلف وتهلك، فكان في بيعها جمعاً بين المنفعتين، وليس كذلك العَقار؛ لأنه لا منفعة في بيعه للغائب [إذ لا

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٤١٢.



يخشىٰ هلاكها] فلم يجز بيعه.

وجه قولهما وهو القياس: أنه لا ولاية للأب علىٰ الغائب، فصار كغير الأب من الأقارب، وقد قال محمد: إنّ القاضي لا يبيع للأب العروض، ولكن [لا] يعترض عليه في بيعها؛ لأن البيع يجوز للأب مع بقاء حكم الولاية، وهذا المعنىٰ لا يوجد في فعل القاضي، ولأن هذه العروض يجوز أن تكون وديعة في يد الابن، فإذا باعها الأب وجب عليه ضمانها، [فإذا باعها الحاكم أبرأه من ضمان العهدة، وذلك ضرر علىٰ الغائب].

فأما الذي قال أبو الحسن: إنّه لا يباع علىٰ غائب في النفقة إلا في نفقة الوالدين والزوجة والولد الصغير. فليس بصحيح، وإنما يختص هذا بالأبوين، فأما الذي يجمع هؤلاء فهو القضاء بالنفقة في وديعة الغائب إذا اعترف بها المودَع، فنقل أبو الحسن جواب إحدىٰ المسألتين إلىٰ الأخرىٰ.

١٩٢٧ ـ فَصْل: [النفقة مع اختلاف الدِّين]

وقد قال أصحابنا: إن النفقة لا تجب مع اختلاف الدِّيْن إلا للوالدين والولد والزوجة والجد إذا كان الأب ميتاً، ومن سواهم تجب نفقته مع اتفاق الدِّين، فأما الوالدين فلقوله تعالىٰ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، وهذا في الكَافِرَيْن، فأما الزوجة فلأن نفقتها تجب بحكم العقد كالمهر؛ وذلك لا يختلف بالأديان، ونفقة الولد تجري مجرىٰ نفقتها، فأما نفقة ذوي الأرحام فنفقتهم علىٰ طريق الصلة؛ وذلك لا يجب مع اختلاف الدين فيهم، ألا ترىٰ أنه يجوز للمسلم أن يبتدئ بقتل أخيه الحربي ولا يجوز أن يبتدئ بقتل أبيه، فَدَلَّ علىٰ أنه تجب صلة رَحِم الوالدين مع اتفاق الدِّين واختلافه، ولا تجب صلة رحم من سواهم

مع اختلاف الدين؛ ولما قدمنا.

قال أصحابنا: إن الكافر يجبر على نفقة ولده المسلم وكذلك والديه، ويجبر الكافر على نفقة بنته المسلمة، ويجبر المسلم على نفقة بنته [١٨٥/ب] النصرانية؛ لأن هذه الرحم متأكدة فتجب صلتها مع اختلاف الدين واتفاقه.

وقد قالوا: إن وجوب النفقة على المسلم لأبويه الذميين استحسانًا، والقياس: أن لا تجب، وقالوا: لو دخل أبواه وهما حربيان بأمان لم يجب عليه نفقتهما؛ لأن صلة أهل الحرب ممنوع منها، وكذلك لا يجوز أن يتصدق عليهم[١].

١٩٢٨ - فَصْل: [نفقة الولد الحر على الأب العبد]

وقد قالوا: إن العبد لا يلزمه نفقة ولده الحر؛ وذلك لأنه لا ولاية له عليه ولا يد عليه، فلا يستحق عليه نفقته، ولأن إكسابه للمولى والمولى أجنبي من هذا الولد، فلا يجب [نفقته][٢] في ماله. قالوا: فلا يجب على الحر نفقة ولده المملوك؛ لأنه ملك لغيره، والإنسان لا يجب عليه نفقة مملوك غيره.

١٩٢٩ - فَصْل: [الأمور الموضوعة للكفاية]

وقد قالوا: فيمن وجبت عليه نفقة غيره: إنها المأكل، والمشرب، والملبس، والسكنى، والرضاع؛ لأنها موضوعة للكفاية، وهذه الأمور محتاج إليها للكفاية، فإن كان للمُنْفَق عليه خادم يحتاج إلى خدمته، فُرِضَ له؛ لأنه من جملة الكفاية مع الحاجة.

---

(١) انظر: الأصل ١٠/٣٦٨.

(٢) في ب (نفقتهم) والمثبت من أ.

١٩٣٠ـ فَصْل: [إجبار المرأة على إرضاع ولدها]

وقد قال أصحابنا: إن المرأة لا يجب عليها أن تُرضع وَلَدَها، إلا أن لا يوجد من يرضعه فتجبر على رضاعه، وقال مالك: إن كانت شريفة لم تجبر وإن كانت دَنِيَّة أجبرت[1].

لنا: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فأوجب بدل للرضاع على الأب؛ ولأن الرضاع مؤنة للولد، فصار كنفقته بعد الكبر، فكما لا يلزمها أن تنفق عليه إذا استغنى عن الرضاع لم يلزمها أن ترضع.

وقد قالوا: إن الأب إذا التمس لولده مرضعة، فإن أرادت الأم أن ترضعه فهي أولى؛ لأنها أقوم به وأشفق عليه [وأولى به]، فإن أرادت أن تأخذ أجراً على ذلك مع بقاء النكاح لم يجز؛ وذلك لأنها مستحقة للنفقة، وأجرة الرضاع تجري مجرى النفقة، فلا تجب لها نفقتان، ولأن أجرة الرضاع تجب لحفظ الصبي، وحفظه [مِن] نظافة البيت، ومنفعة البيت تحصل للزوجين، فلم يجز أن تأخذ عوضاً عن منفعة تحصل لها.

ولهذا قالوا: لو استأجرها على إرضاع ابنه من غيرها جاز؛ لأنه لا يجب عليها أن تسكنه معها، فلم يكن في حفظه منفعة تعود إلى منزلها.

وأما المبتوتة في إحدى الروايتين: لا يجوز لها أن تأخذ الأجرة؛ لأنها مستحقة للنفقة والسكنى كالزوجة، وفي الرواية الأخرى: يجوز؛ لأن النكاح زال فهي كالأجنبية، فأما إذا انقضت العدة والتمست أجرة[2] الرضاع، وقال الأب: إنْ أخذ

---

(١) انظر: الرسالة الفقهية ص٢٠٨ (دار الغرب الإسلامي).

(٢) في أ (الأجرة).

من يرضعه بأقلّ من ذلك ، فذلك له ؛ لأنا لو ألزمناه دفع ما تلتمسه الأم لاشتطت[1] عليه وألحقت به الضرر ، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٣] [١٨٦/أ] قيل في التأويل: لا تضار الأمُّ [والدَه][2] فتلزم الرضاع مع كراهتها ، ولا يضار الأب في إلزامه لها الزيادة علىٰ ما تلتمسه الأجنبية ، فأما إذا رضيت الأم بما تأخذه الأجنبية فهي أولىٰ ؛ لأنها أشفق علىٰ الصغير وأنفع له[3].

١٩٣١ ـ فَصْل: [نفقة الولد من الجارية المشتركة]

وقالوا في الجارية المشتركة: تأتي بولد فيدَّعيه مولياها ، فنفقة هذا الولد عليهما وعلىٰ الولد إذا كبر نفقة كل واحد منهما ؛ [لأن كل واحد منهما][4] أب كامل في حقه.

١٩٣٢ ـ فَصْل: [النفقة في مال المفقود]

وقد قالوا في المفقود: يفرض القاضي في ماله لأبويه ، وامرأته ، والصغار من ولده والزمنىٰ من الذكور والبنات النفقةَ ؛ وذلك لأن القاضي يلي عليه فقام مقامه ، فجاز أن ينصب عنه خصماً ، ويقضي عليه بنفقة هؤلاء ولا يقضي بنفقة مَنْ سِواهم ؛ لأنها صلة لم تتأكد تأكد الدين ، ولا يعلم حياته فلا تثبت الصلات في ماله.

وقد قالوا: إنه لا يقضىٰ في مال المفقود للجد وولد الولد ، وإنما أرادوا بذلك مع وجود الأب والولد ؛ لأنهم حينئذٍ في حكم ذوي الأرحام[5].

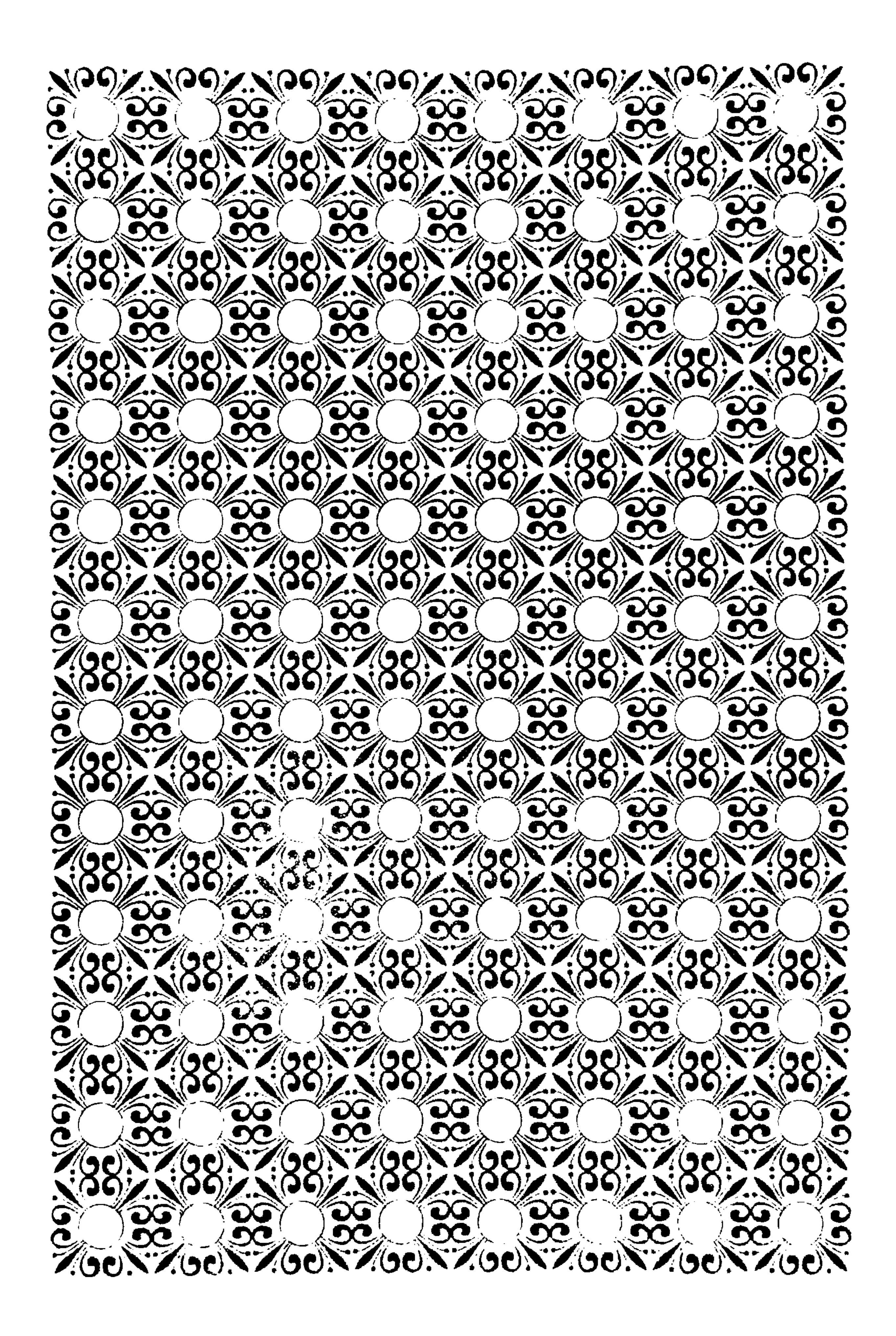
(١) في أ (لاشنطت).

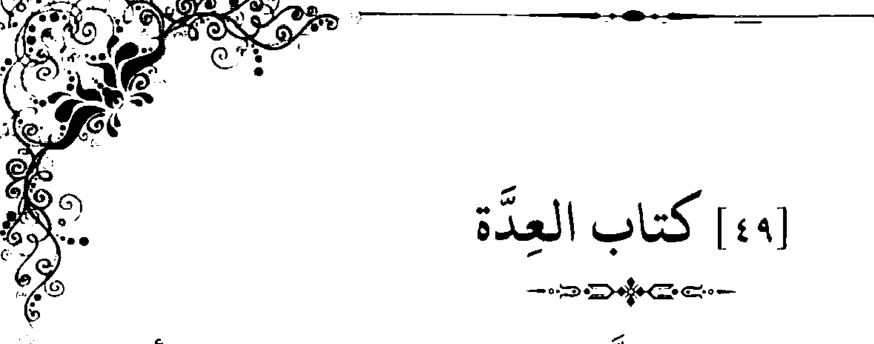
(٢) الزيادة من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤٦٠/٣.

(٤) في ب (لأنه) والمثبت من أ.

(٥) انظر: الأصل ٣٥٢/٩ ، ٣٥٣.





[٤٩] كتاب العِدَّة

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: العِدَّة[١] التربص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح أو بشُبْهة، وهي علىٰ ثلاثة أضرب: الحيض، [والشهور][٢]، ووضع الحمل.

فأما العدة بالحيض: [فإنها] تجب بالطلاق، والفُرقة في النكاح الفاسد، وبالوطء بشبهة النكاح، وبعتق أم الولد، وبموت مولاها.

والأصل في وجوبها قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] لأنها موضوعة للاستبراء، والحَيْضُ يقع بها الاستبراء.

فأما العدة [بالشهور][٣] فهي علىٰ ضربين: ضرب منها يجب بدلاً عن الحيض فيمن لا تحيض لصغرٍ أو لكبر أو لفقد الحيض، والأصل في وجوبها قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] وهذه العدة تجب علىٰ كل من كانت من ذوات الحيض لزمها الحيض، ولا تجب هذه العدة بالحيض إلا بوجود الدخول، وما جرىٰ مجرىٰ الدخول من الخلوة، والأصل في ذلك قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ

---

(١) العدة لغة: الإحصاء، وشرعًا: «هي التربُّص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح أو شبهته، وهي مدة وضعت شرعًا للتعرف عن براءة الرحم»، وسمي التربُّص عدة؛ لأن المرأة تحصي الأيام المضروبة عليها، وتنتظر الفرج الموعود لها. اللباب ٢/٩٥.

(٢) في ب (والسهم) والمثبت من أ.

(٣) في ب (بالشبهة) والمثبت من أ.

ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

وأما الضرب الثاني من الشهور: فهو الذي يلزم المتوفى عنها زوجها إذا كانت حائلاً، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] وهذه العدة لا تجب إلا في نكاح صحيح، ويستوي فيها الدخول وعدم الدخول؛ لأن الله تعالى [١٨٦/ب] أوجبها بموت الزوج، وإطلاق ذلك يقتضي من كان نكاحه صحيحاً، ولم يفصل في الآية بين الدخول وعدمه.

فأما وضع الحمل فينقضي به كل عدة عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف مثله، إلا في امرأة الصغير، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤][1].

١٩٣٣ـ فَصْل: [العدة في النكاح الفاسد]

قال أبو الحسن: وتجب العدة في النكاح الفاسد من يوم تقع الفرقة بفعل الحاكم أو غيره، وقد بَيَّنَّا هذه المسألة خلاف زفر.

١٩٣٤ـ فَصْل: [عدة أم الولد]

قال: وعدة أم الولد ثلاث حِيَض، أعتقها السيد أو مات عنها، وقال الشافعي: حيضة واحدة[2].

---

(١) انظر: الأصل ٤/٣٩٣.

(٢) انظر: مختصر المزني ص٢٢٥.

لنا: أنها[1] تلزمها عدة بدلالة ما روي عن عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة أنهم قالوا: عدة أم الولد ثلاث حيض، فسموا ذلك عدة؛ ولأنها تجب على حُرَّة، والحرة لا يلزمها الاستبراء، وإذا ثبت أنها عدة لم تقدر بحيضة واحدة كسائر العدد، وإنما استوى في الواجب عليها الموت والعتق؛ لأن عدتها عدة وطءٍ فهي كالعدة في النكاح الفاسد، ولأن العدة تلزمها بعد الموت بالعتق كما تلزمها في حال الحياة.

١٩٣٥ - فَصْل: [عدة النكاح الفاسد]

قال: وكذلك المنكوحة نكاحاً فاسداً يستوي فيها الموت والطلاق؛ لأن عدتها تجب على وجه الاستبراء، وعدة الوفاة تجب على طريق العبادة لحرمة النكاح[2].

١٩٣٦ - فَصْل: [عدة الحامل]

قال: وعدة الحامل وضع حملها في أي وجه وجبت عليها العدة، وهذا لا خلاف فيه في المطلقة، وإنما الخلاف في المتوفى عنها [زوجها]، فقال علي رضي الله عنه: عدتها أبعد الأجلين، وقد بينا هذه المسألة.

١٩٣٧ - فَصْل: [عدة الأمة]

فأما الإماء فعدتهن بالحيض حيضتان، وقال نفاة القياس: ثلاث حيض[3].

لنا: حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**طلاق الأمَة تطليقتان وعدتها**

(١) في أ (أنّ ما تلزمها).

(٢) انظر: مختصر القدوري ص٤٠١.

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢/٣٨٦؛ المحلى ص١٨٤٤.

حيضتان» ، وقال عمر بن الخطاب: عدتها حيضتان ، ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً ، ولأنه حق من حقوق النكاح مقدر بنفسه فأثر فيه الرق كالقسم ، **فأما العدة** بالشهور التي هي بدل عن الحيض فعدة الأمَة شهر ونصف ، وقال مالك: **ثلاثة** أشهر[1].

لنا: أنها عدة فكان للرق تأثير فيها كالعدة بالحيض ، فأما الوفاة فعدتها شهران وخمسة أيام ؛ لأنها تتبعض ، فكانت عدتها على النصف من عدة الحرة ، كعدة المطَلَّقة بالشهور.

١٩٣٨ ـ فَصْل: [عدة الأمة الحامل]

والأَمَة والحرة في وضع الحمل سواء ؛ ولأنه مما لا يتبعض فيستوي فيه الحرية والرق كالحدود التي لا تتبعض [١٨٧/أ].

قال: والعدة بالنساء دون الرجال ، وذلك لقوله ﷺ: **«طلاق الأَمَة تطليقتان وعدتها حيضتان»**[2] ، وقال: **«الطلاق بالرجال والعدة بالنساء»**[3].

١٩٣٩ ـ فَصْل: [العدة بالشهور]

وقد ذكر أبو الحسن: العدة بالشهور ولم يبين كيفيتها ، **وجملة ذلك:** أن الوفاة والطلاق إذا اتفق في غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأَهِلَّةِ ، وإن نقصت عن

---

(١) انظر: الرسالة الفقهية ص٢٠٧.

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، وقال: «هو حديث مجهول» ؛ الترمذي (١١٨٢) ؛ وابن ماجه (٢٠٧٩) ؛ والبيهقي في الكبرى٧/٣٦٩.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى ٧/٣٨٦ ؛ «ورواه الطبراني ورجال أحد الإسنادين رجال الصحيح» مجمع الزوائد ، ٤/٣٣٧ ؛ مصنف ابن أبي شيبة ، ٤/١٠١.

العدد [1] في قول أصحابنا جميعاً، فأما إذا حصل ذلك في بعض الشهر، فقال أبو حنيفة: تعتد من الطلاق تسعين يوماً، ومن الوفاة بمائة وثلاثين يوماً، وكذلك قال في صوم الشهرين المتتابعين إذا ابتدأه في بعض الشهر.

وقال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف: تعتد بقية الشهر بالأيام، ثم تتم عدتها على الأيام تسعين يوماً، وقال: بعد ذلك تعتد بقية الشهر بالأيام، ثم تعتد شهرين بالأهلة، وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام، أما إذا كانت الفُرْقَة في غُرَّة الشهر؛ فلأنّ إطلاق الشهور يقتضي الأهلة، بدلالة قوله ﷺ: «**الشهر هكذا وهكذا؛ فأشار بأصابع يديه ثلاثاً، وخنس إبهامه في الثالثة**» [2]، فوجب حمل عدتها على الشهور المطلقة.

وأما إذا كانت الفُرْقة في بعض الشهر، فوجه قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف: أن ابتداء العدة وجب بالأيام، فكان إكْمالها على ما ابْتُدِئت عليه؛ ولأنا إذا اعتبرناها بالأيام زادت على الشهور، فالعدة يعتبر فيها الاحتياط، فإيجاب الزيادة أولى، فليس كذلك الإجارة إذا وقعت على الشهور في بعض الشهر؛ لأن كل جزء من الإجارة كالمعقود عليه عقداً مبتدأ، فصار عند استهلال الشهر كأنه ابتدأ العقد فيكون بالأهلة، وليس كل جزء من العدة كعدة مبتدأة.

وجه قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمد: أن إطلاق الشهر يقتضي الأهِلَّة إلا أن الشهر الأول تعذر ذلك فيه، فعدلنا عن الظاهر إلى الأيام، وبقية

---

(١) في أ (العدة).

(٢) أخرجه البخاري (١٨٠٩)؛ ومسلم (١٠٨٠).

الشهور يمكن اعتبار الظاهر فيها، فاعتبرنا وسوينا بين العدة والإجارة، قال أبو يوسف ـ فيمن آلىٰ في بعض الشهر ـ: إنه يعتبر بالأيام حتىٰ يكمل مائة وعشرين يوماً، ولا ينظر إلىٰ نقصان الشهر ولا إلىٰ تمامه.

وروىٰ عمرو بن خالد عن زفر في الإيلاء في بعض الشهر: أنها تعتد بكل شهر يمر لها ناقصاً كان أو تاماً.

لأبي يوسف: أن اعتبار الأيام يوجب تأخير الفرقة، فلم يجز إيقاعها بالشك، كمن عَلَّق طلاق امرأته بمدة في المستقبل (وشك)[1] في المدة.

وزفر يقول: إن البينونة تتعلق بمدة الإيلاء، فهي كمدة العدة [وهي تمضي بالأهلة، كذلك هذا].

١٩٤٠ ـ فَصل: [عدة من وضعت ولدين]

قال: فإذا كانت [١٨٧/ب] المعتدة حاملاً فولدت ولدين انقضت العدة بالأخير منهما، وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] والحمل عبارة عن الولدين؛ ولأن الحمل إنما تنقضي به العدة لبراءة الرحم بوضعه، وما دام معها ولد فلم يبرأ رحمها ولا تنقضي به العدة، وقد قالوا في الرجعية: إذا ظهر منها أكثر ولدها بانت، فعلىٰ هذا يجب أن تنقضي العدة بظهور أكثر الولد.

١٩٤١ ـ فَصل: [عدة من أسقطت الحمل]

وإذا أسقطت [المرأة] المعتدة: فإن كان السقط استبان بعض خلقه انقضت

---

(١) في أ (أوشك).

به العدة، وإن لم يستبن لم تنقض به؛ وذلك لأنه إذا استبان فهو ولد، فصار كالولد الكبير، وإذا لم يستبن فيجوز أن يكون ولداً، ويجوز أن يكون غير ولد فلم تنقض العدة بالشك[1].

وقد قال الشافعي في أحد قوليه: إنه يُرىٰ للنساء. وهذا غلط لأن النساء لم يشاهدن خلق الولد في الرحم حتىٰ يعرفن نظيره، فلم يمكن الرجوع فيه إلىٰ قولهن[2].

وقال في القول الآخر: تجعل في الماء الحار فإن انحل فليس بولد، وإن لم ينحل فهو ولد. وهذا غلط؛ لأنه يجوز أن يكون قطعة من لحمها أو كبدها انفصلت [عنها][3]، فلا يعلم أنه ولدٌ.

١٩٤٢ـ فَصْل: [مدة عدة الحمل]

قال: وليس للعدة بالحمل مدة، سواء (ولدت بعد وجوب العدة)[4] بيوم أو أقل أو أكثر، ولو ولدت والميت علىٰ سريره، انقضت به العدة علىٰ ما جاءت به السنة، وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ولم يفصل.

فأما السنة التي ذكرها فما روي عن عمر أنه قال في المتوفىٰ عنها: إذا ولدت وزوجها علىٰ السرير، جاز أن تتزوج[5].

---

(١) انظر: الأصل ٤/٤١٥.

(٢) قال النووي: «.. وبمضغة فيها صورة آدمي خفية، أخبر بها القوابل، فإن لم تكن صورة وقلن: هي أصل آدمي.. انقضت علىٰ المذهب». المنهاج ص٤٤٦.

(٣) في ب (به) والمثبت من أ.

(٤) في أ (وجدت بعد وجود الفرقة).

(٥) انظر: الأصل ٤/٤٠٤.

١٩٤٣ـ فَصۡل: [عدة الكتابية تحت مسلم]

قال: وعلى الكتابية إذا كانت تحت مسلم ما على المسلمة، الحرةُ كالحرة، والأمةُ كالأمَة؛ وذلك لأن العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج، [والذمية][1] غير مخاطبة بحقوق الله وهي مخاطبة بحقوق الآدميين، فيجبرها على العدة لحق الزوج.

١٩٤٤ـ فَصۡل: [عدة الذمية تحت ذمي]

وإن كانت تحت ذمي فلا عدة عليها في موتٍ ولا فرقةٍ في قول أبي حنيفة إذا كان ذلك كذلك في دينهم، وقال أبو يوسف ومحمد: عليها العدة.

وذكر أبو الحسن في جامعه: في ذِمية تحت ذِمي إذا مات عنها أو طلقها فتزوجت في الحال [جاز]، إلا تكون حاملاً فلا يجوز نكاحها.

فوجه قول أبي حنيفة: أن العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج، فما كان من حق الله تعالى فالذمية غير مخاطبة به في أحكام الدنيا كالصلاة والصوم، وما كان من حق الزوج فإنه لا يعتقده حقاً لنفسه، فلم يجز إيجابه لحقه، وأما إذا كانت حاملاً فالمنع من التزويج لكي لا يختلط النسب بوطء الزوج الثاني، وحفظ النسب حق للولد، وهو ممن لا يسقط [١٨٨/أ] حقوق نفسه، فلم يجز اعتبار إسقاطه للحق، فكان على الحاكم استيفاء الحق له.

وجه قولهما: أن الذمية من أهل دار الإسلام كالمسلمة؛ ولأن أحكامنا تجري عليهم كسائر الأحكام.

---

(١) في أ (والزوجة)، والمثبت من ب.

١٩٤٥ـ فَصْل: [عدة المهاجرة]

وقد ذكر [محمد] مسألة المهاجرة: أنه لا عدة عليها عند أبي حنيفة، وقالا: عليها العدة، وقد قدمناها.

قال: فإن جاء الزوج مسلماً وتركها في دار الحرب، فلا عدة عليها في قولهم؛ وذلك لأن علىٰ قول أبي حنيفة: الكافرة تلزمها العدة لحق المسلم، واختلاف الدارين يمنع من ثبوت الحقوق لأحدهما علىٰ الآخر، وعلىٰ قولهما: إنما تجب العدة علىٰ الكافرة لجريان حكمنا علىٰ أهل الذمة، [والحربية][١] لا تجري عليها حكمنا.

١٩٤٦ـ فَصْل: [في الخلوة التي توجب العدة]

وتوجب الخلوةُ الصحيحة[٢] العدةَ في النكاح الصحيح دون الفاسد؛ وذلك لأن الخلوة في النكاح الصحيح قائمة مقام الوطء في استقرار المهر، فكذلك في وجوب العدة، ولأن العدة أولىٰ؛ لأنها تجب علىٰ وجه الاحتياط، والمهر لا يجب علىٰ وجه الاحتياط، فإذا وجب [المهر] بالخلوة فأولىٰ أن تجب العدة، ولأن التسليم الموجب بالعقد قد حصل، فتجب به العدة كما تجب بالوطء، فأما النكاح الفاسد فالخلوة فيه ليست موجبة بالعقد، ألا ترىٰ أنه لا يوجب التسليم، فكذلك لا يوجب العدة، وأما الخلوة الفاسدة فهي علىٰ ضربين:

كل خلوة يمكن معها الوطء وجبت بها العدة، وإن لم يستقر بها المهر كخلوة الصائم والمُحْرِم، والخلوة بالحائض والصائمة [صوم فرض]؛ وذلك

(١) في ب (والحرمة) والمثبت من أ.

(٢) والخلوة الصحيحة: وجود المرأة مع الرجل في مكان لا يمكن أن يطّلع عليهما فيه أحد.

لأنهما يتهمان في حق الله تعالىٰ، والعدة تجب علىٰ وجه الاحتياط.

فأما الخلوة التي لا يمكن معها الوطء، كخلوة المريض المدنف[1] أو المريضة المدنفة، أو الصغير الذي لا يجامع مثله أو الصغيرة، فلا عدة؛ لأنهما لا يتهمان بالوطء، ولم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد.

١٩٤٧ ـ مَسْألة: [عدة المطلقة ثلاثًا في مرض الموت]

قال: وإذا طلق الرجل امرأته في مرضه الذي مات فيه ثلاثاً أو طلاقاً بائناً، ثم مات قبل أن تنقضي عدتها فورثت، اعتدت بأربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حِيَض عند أبي حنيفة ومحمد، وكذلك كل معتدة [ورثت]، وقال أبو يوسف: عليها ثلاث [حِيَض].

وجه قولهما: أن المطلقة في المرض صارت في حكم المتوفىٰ عنها [زوجها] في استحقاق الميراث، وهو لا يثبت بالشك؛ فلأن تصير في حكم المتوفىٰ عنها في العدة وهي تثبت علىٰ وجه الاحتياط أولىٰ، ولا تلزم امرأة المرتد؛ لأنها كذلك في إحدىٰ الروايتين، وهذا معنىٰ قول أبي الحسن، وكذلك كل معتدة ورثت.

وجه قول أبي يوسف: أن العدة لزمتها بالطلاق، وإنما ورثت لأن الزوج متهم في الفراق، فبقيت العدة [١٨٨/ب] بحالها.

١٩٤٨ ـ فَصْل: [عدة المطلقة طلاقًا رجعيًا]

قال: وإن كان الطلاق رجعياً في صحة أو مرض، فعليها أربعة أشهر وعشراً

---

(١) «من دَنَف المريض دنفاً: إذا لا زمه المرض» كما في المصباح، أو بمعنىٰ: «اشتد مرضه وأشفىٰ علىٰ الموت» كما في المعجم الوجيز (دنف).

وبطل عنها الحيض في قولهم؛ وذلك لأن الرجعية زوجة، وموت الزوج يوجب علىٰ زوجته عدة الوفاة كغير المطلقة[1].

١٩٤٩ ـ مَسْأَلة: [عدة زوجة الصبي حال الحمل]

فإذا مات الصبي عن امرأته وهي حامل فعدتها: أن تضع حملها عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشراً.

وجه قولهما: قوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ولا يقال: إنّ هذا عموم، والقياس عندكم أن تعتد بالشهور، فهلا خصصتم العموم بالقياس؛ وذلك لأن هذا العموم لم يبقَ علىٰ تخصيصه ولا يختص بالقياس، فإن قيل هو مخصوص بالحمل من الزنا، قلنا: ليس كذلك؛ لأن العدة تنقضي به في قياس قولهما، ويتصور ذلك فيمن تزوج بحامل من الزنا ثم طلقها فوضعت حملها، ألا ترىٰ أنهما قالا في امرأة الصغير: إن عدتها تنقضي بوضع الحمل وهي من الزنا، ولأن مَنْ جاز أن تعتد من زوجها بالشهر، جاز أن تعتد بوضع الحمل كامرأة الكبير.

وجه قول أبي يوسف: أنّا تيقنا أن الحمل ليس منه، فلا تنقضي العدة كالحمل الحادث بعد الموت.

قال أبو الحسن: فإن مات وهي حائل، ثم حملت بعد موته قبل انقضاء العدة، فعدتها الشهور عندهم جميعاً. وهذا الفصل مشتبه العبارة في الكتب، وقد بَيَّنَهُ أبو الحسن بياناً أزال الشبهة؛ لأن أصحابنا يقولون: إذا ظهر الحمل بعد الوفاة

(١) انظر: الأصل ٤/٤١٢.

فعدتها الشهور، ويفصلون بينها وبين امرأة الكبير، فيقولون: إذا ظهر الحمل بامرأة الكبير فنسبه ثابت بالفراش، وثبوت نسبه يقتضي الحكم بوجوده قبل الموت، فصار كالحمل الظاهر، وأما امرأة الصغير فلا يثبت نسب ولدها [منه] حتىٰ يصير محكوماً به قبل الوفاة؛ فلذلك لا تنقضي به العدة.

والصحيح ما ذكره أبو الحسن: أن العدة تنقضي بحملها ظاهراً كان عند الموت أو غير ظاهر، والذي لا تنقضي به العدة هو الحادث، وكذلك ذكر محمد في كتاب الطلاق، وقد قال أبو الحسن في جامعه: وإن حملت التي عدتها بالحيض بعد الطلاق حملاً حادثاً، فعدتها أن تضع حملها ـ وإن كان لأكثر من سنتين ـ إذا علم أنها حملت بعد لزوم العدة؛ وذلك لأن عدة الحيض موضوعة للاستبراء، والاستبراء لا يكون مع الحمل؛ ولذلك وقف انقضاء العدة [بوضعها][1].

١٩٥٠ـ فَصْل: [عدة من بلغها طلاق زوجها أو موته]

فإذا بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته، فعليها العدة من يوم طلق أو مات، وحكي عن علي رضي الله عنه أنه قال: من يوم يأتيها الخبر.

لنا: أن العدة مضي الزمان، وذلك موجود وإن لم تعلم به، ولأنها لا تقف علىٰ فعلها، ألا ترىٰ أنها لو علمت فلم تجتنب ما تجتنبه المعتدة [١٨٩/أ] انقضت عدتها بمضي الزمان، [وما لا][2] يقف علىٰ فعلها، فلا معنىٰ لاعتبار علمها فيه[3].

---

(١) في ب (علىٰ وضعه) والمثبت من أ.

(٢) في ب (وقالا) والمثبت من أ.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص٤٠٢.

بَابُ
انتقال العدة

قال الشيخ رحمه الله: الكلام في هذا الباب يجب أن يقدم عليه: أن الأقراء ما هي؟ فقال أصحابنا: هي الحيض.

وقد روي ذلك عن بضعة عشر من الصحابة: وروىٰ إبراهيم عن علقمة عن علي، وعبد الله رضي الله عنهما أنهما قالا: هو أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة، وعن عمر وابن مسعود مثله.

وعن مكحول: أن أبا بكر، وعمر، وعليًا، وابن مسعود، وأبا الدرداء، وعبادة بن الصامت، وعبد الله بن قيس رضي الله عنهم قالوا مثل ذلك.

وقال الشعبي عن اثني عشر أو ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ [الخير فالخير](1) منهم: أبو بكر، وعمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس: أن الرجل أحق بامرأته إذا طلقها واحدة أو ثنتين [حتىٰ تغتسل من القرء](2) الثالث.

وروىٰ عطاء الخراساني عن ابن عباس في قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ قال: هي ثلاث حيض.

وروي عن ابن عباس أنه قال: إذا طعنت في الحيضة الثالثة، [بانت] ولا يحل لها أن تتزوج حتىٰ تغتسل من الحيضة الثالثة.

---

(١) في ب (الحر فالحر) والمثبت من أ.

(٢) في ب (وأن الطهر قرء) والمثبت من أ.

وعن زيد بن ثابت: إذا طعنت في الثالثة [بانت]، فلم يحل عنه في خروجها بين الحيضة الثالثة شيء[1].

وقال ابن عمر وعائشة: الأقراء: الأطهار، وبه قال الشافعي[2].

وقد تكلم الناس في هذه المسألة من طريق اللغة، [وبيّن كل واحد منهم أن الاسم قد عبّر به عما قاله، فلا معنىٰ للرجوع إلىٰ اللغة]؛ لأنهم اتفقوا أن القُرْءَ يتناول الأمرين، وأن مراد الله تعالىٰ بالآية أحدهما، فيجب الرجوع إلىٰ ما دل عليه الدليل، إلا أنا وجدنا أهل اللغة [وإن سمّوا القرء طهرًا][3]، فلم يسموه بذلك إلَّا إذا تخلل الدم، فدلَّ علىٰ أن الاسم إنما يتناوله لمعنىٰ يعود إلىٰ غيره، والدليل علىٰ أن المراد بالآية الحيض قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قال ابن عباس، وإبراهيم، ومجاهد، والضحاك: الولد، ودم الحيض، فلم يحك عن أحد من أهل التأويل خلافه، فلما أمرها بالاعتداد ونهاها عن كتمان (الحمل والحيض)[4]، دل علىٰ أن العدة تنقضي بما نهاها عن كتمانه[5]، ويدل عليه قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] ومن حكم المبدلات أن يشترط عدمها في الانتقال إلىٰ أبدالها، كقوله تعالىٰ: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟﴾ فلما شرط عدم الحيض في الانتقال إلىٰ الأشهر؛ دلَّ علىٰ أن

---

(١) انظر بالتفصيل: التمهيد لابن عبد البر، ١٥/٩٢، ٩٣.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢/٣٨٥؛ المزني ص٢١٧؛ المهذب ٤/٥٣٣.

(٣) في ب (ما لم تغتسل) والمثبت من أ.

(٤) في أ (الحبل والحيض).

(٥) انظر: التجريد للمؤلف ١٠/٥٢٨١؛ وتفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص٢٠١.



الحيض هو المبدل، ولأن الخلاف إذا وقع فيما تناولته الآية وجب الرجوع إلىٰ لغة النبي ﷺ، ألا ترىٰ أن الصحابة لما اختلفوا في التابوه والتابوت قالوا: اكتبوها بالتاء فإنها لغة قريش، والقرآن [١٨٩/ب] نزل بلغتهم.

وقد روىٰ عروة أن فاطمة حدثته أنها أتت إلىٰ النبي ﷺ، فشكت إليه الدم فقال: «**إنما ذاك عِرق فانظري إذا أتاك قرؤك فلا تصلي، فإذا مرَّ القرء فتطهري وصلي ما بين القرء إلىٰ القرء**»[(١)].

وروىٰ مسروق عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «**المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها**»[(٢)]، ويدل عليه قول النبي ﷺ: «**طلاق الأمَة تطليقتان وعدتها حيضتان**»، ولأن ما تقصد به العلم ببراءة الرحم يقع بالحيض كالاستبراء، وقد دل عليه قوله ﷺ: «**لا توطأ حامل حتىٰ تضع، ولا حائل حتىٰ تستبرئ بحيضة**»[(٣)(٤)].

١٩٥١ - فَصْل: [تداخل العدتين]

وإذا ثبت أن الأقراء هي الحيض، قال أصحابنا: إذا وجب علىٰ المرأة عدتان من جنس واحد، مثل المطلقة إذا تزوجت في عدتها، فوطئها الزوج فإن العِدَّتين تتداخلان، وإن كانتا من جنسين كالمتوفىٰ عنها زوجها إذا وطئت بشبهة

---

(١) قال ابن القيم: «حديث عروة... قال ابن القطان: منقطع...». حاشية ابن القيم علىٰ أبي داود، ٣٢٣/١.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨١)؛ والترمذي (١٢٨)؛ وابن ماجه (٦٢٥)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٣٢٩/١، وغيرهم.

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٥٧)؛ والترمذي (١٥٦٤)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١٢٤/٩؛ والحاكم في المستدرك، ٢١٢/٢؛ و«رواه الطبراني في الصغير والأوسط، وفيه بقية والحجاج بن أرطأة، وكلاهما مدلس». مجمع الزوائد، ٤/٥.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٣٩٩.

تداخلت أيضاً، واعتدت بما تراه من الحيض في الأشهر من عدة الوطء، وقال الشافعي: تمضي في العدة الأولىٰ، فإذا انقضت استأنفت الأخرىٰ(١) .

لنا: أن العِدَّة مُضِيُّ أجلٍ؛ بدلالة أنها لو لم تعلم بالفرقة حتىٰ انقضت العدة سقطت، ولو علمت فلم تجتنب ما تجتنبه المعتدات ولم تقم في منزل الزوج وتزوجت انقضت العدة، فلو تعلقت بفعلها لم تنقض مع ما يضادها، وإذا ثبت أنها أجل حَلَّت محل أجل الدين، فينقضي الأجلان بمضي زمان واحد، ولأنها معتدة من الثاني عقيب الوطء؛ بدلالة أن العدة من أحكام النكاح، فلا يمنع أن يطرأ عليها عدة كنفس النكاح، وإذا كانت معتدة في حق الثاني احتسب بما تراه من الحيض من عدتها، كما لو لم تكن معتدة من الأول(٢) .

١٩٥٢ ـ فَصْل: [انتقال العدة وتغيّرها]

وأما الكلام في انتقال العِدَّةِ وتغيّرها فهو علىٰ ضروب:

أحدها: أن كل عدتين كانت إحداهما بدلاً عن الأخرىٰ إذا طرأ المبدل انتقلت إليه مبتوتة كانت أو رجعية، وهذه كالصغيرة إذا اعتدت ببعض الشهور ثم رأت الدم؛ وذلك لأن البدل لا يثبت له حكم مع القدرة علىٰ المبدل، فسقط حكم الأشهر فانتقل إلىٰ الحيض.

فأما الآيسة إذا اعتدت ببعض الشهور ثم رأت الدم، فقد ذكر أبو الحسن أنها تنتقل، وهذا ظاهر علىٰ الرواية التي لم يقدروا للإياس مقداراً، فإذا ظنت أنها قد

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٠٢؛ مختصر المزني ص٢٢٤؛ المنهاج ص٤٤٧.

(٢) انظر: التجريد ١٠/٥٣٢١.

أيست ثم رأت الدم أو حبلت، تبيَّنّا أنها لم تكن آيسة، فلم تعتد[1] بالشهور في حقها.

فأما على الرواية التي قدروا للإياس قدراً إذا بلغته، ثم رأت الدم بعده، لم يكن حيضاً كما [١٩٠/أ] تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها، وقد كان أبو بكر الرازي يقول في الآيسة إذا رأت الدم: إن هذا يجوز في العادة، ومعناه التي ظنت أنها أيست.

فأما الآيسة: فما تراه من الدم لا يكون حيضاً، ألا ترى أن وجود الحيض كان منها معجزة لنبي من الأنبياء[2]، فلا يجوز أن يوجد إلا على وجه المعجزة، ومن هذه [الجملة] ما قالوا فيمن اعتدت بحيضة أو بحيضتين ثم أيست استقبلت العدة بالشهور؛ لأنها لو بَنَتْ اجتمع البدل والمبدل في عبادة واحدة، فإن قيل هذا غير ممتنع إذا طرأ البدل على [المبدل][3]، ألا ترى أن المُحْدِثَ في صلاته إذا لم يجد الماء بنى بالتيمم، فكذلك كان[4] يجب أن تبني هاهنا بالشهور.

فالجواب: أن الصلاة ليست هي الأصل [والبدل]، وإنما هي عبادة مؤداة بأصل وبدل، وهذا غير ممتنع كما يؤديها بالوضوء[5] والايماء، فأما العدة فهي في نفسها أصل وبدل، فلا يجمع بينهما، كما لا يجمع بين التراب والماء.

---

(١) وفي ب (تعتبر) والمثبت من أ.

(٢) هي زوجة إبراهيم ﷺ في قوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ قَآئِمَةٌ فَضَحِكَتْ فَبَشَّرْنَٰهَا بِإِسْحَٰقَ وَمِن وَرَآءِ إِسْحَٰقَ يَعْقُوبَ ۝٧١ قَالَتْ يَٰوَيْلَتَىٰٓ ءَأَلِدُ وَأَنَا۠ عَجُوزٌ وَهَٰذَا بَعْلِى شَيْخًا ۖ إِنَّ هَٰذَا لَشَىْءٌ عَجِيبٌ﴾ [سورة هود: ٧١ ـ ٧٢].

(٣) في ب (البدل) والمثبت من أ.

(٤) في أ (فكذلك هاهنا وجب أن يبني بالشهور).

(٥) في أ (بالركوع والسجود والإيماء).

والفصل الثاني: كل عدتين وجبتا في حال الحياة وليست إحداهما بدل عن الأخرىٰ، كالأمَة إذا طلقت ثم أعتقت، فإن كان الطلاق رجعياً انتقلت إلىٰ عدة الحرائر، وإن كان بائناً لم تنتقل.

وقال مالك: لا تنتقل في الوجهين، وقال الشافعي: تنتقل فيهما[1]، أما الرجعية فلأنها زوجة، والحرة إذا وجبت عليها العدة [من وجه][2] كانت عدة الحرائر كما لو طلقها بعد العتق، فأما البائن فلأن إحدىٰ العدتين ليست [بدلاً][3] عن الأخرىٰ، فلا [تتغيّر][4] بعد البينونة كعدة الوفاة.

وأما النوع الثالث: فهي المطلقة إذا مات عنها زوجها، فإن كانت رجعية انتقلت إلىٰ عدة الوفاة؛ لأنها زوجته وقد قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، فإن كانت مبتوتة فهو علىٰ وجهين: إن لم ترث لم تتغير عدتها؛ لأن إحدىٰ العدتين ليست ببدل عن الأخرىٰ فلا تنتقل بعد البينونة، ولأن الله تعالىٰ أوجب الشهور علىٰ الزوجات، والبائن ليست بزوجة، وأما إذا ورثت فإنها تضم إلىٰ الحيض الأشهر في قول أبي حنيفة ومحمد. وقد قدمنا هذه المسألة.

قال أبو الحسن: ومن حملت في عدتها، فالعدة: أن تضع حملها؛ وذلك لأن وضع الحمل أصل العدد، ألا ترىٰ أنها موضوعة لبراءة الرحم، ووضع الحمل [أصل] ما يستبرأ به الرحم، فيسقط معه ما سواه كما تسقط الشهور مع

---

(١) انظر: المبسوط ٣٧/٦؛ المدونة ٤٣٥/٢؛ الأم ٢١٧/٥.

(٢) في ب (وهي زوجة) والمثبت من أ.

(٣) في أ (أصل).

(٤) في ب (تتيقن) والمثبت من أ.



[١٩٠/ب] الحيض.

وقد قال محمد: فيمن مات عن امرأته وهو صغير أو كبير، ثم حملت بعد موته: فعدتها بالشهور لا تتغير؛ لأن هذه العدة لا يقصد بها الاستبراء، وإنما هي عبادة، وإن كانت حاملاً في ابتدائها تعلقت العدة بوضع الحمل، وإن كانت حائلاً تعلقت بالشهور فلم تتغير بوجود الحمل.

قال: فإن كانت في عدة طلاق فحبلت بعد الطلاق وعلم ذلك، فعدتها أن تضع حملها؛ لأن المقصود بهذه العدة الاستبراء، وقد بينا أن وضع الحمل أصل في الاستبراء، وإذا قدرت عليه سقط ما سواه.

قال محمد: وإن لم يعلم أنها حبلت بعد الطلاق ثم جاءت بولد لأكثر من سنتين، فقد حكمنا بانقضاء عدتها قبل وضعه بستة أشهر؛ لأن المسلمة لا يحمل أمرها على أنها تزوجت في عدتها، فلم يبق إلا أن يحكم بانقضاء عدتها قبل أن تحمل، وقد بينا جملة ما ذكره أبو الحسن في الباب، ونحن نضم إليه جملة من تغيّر العِدَد، لم يذكرها.

قال أصحابنا: إذا زوج المولىٰ أم ولده ثم مات عنها وهي تحت زوج [أو في عدة زوج] فلا عدة عليها بموت المولىٰ؛ لأنها ليست فراشاً له، والعدة تجب لزوال الفراش، فإن أعتقها ثم طلقها الزوج فعدتها عدة الحرائر، وإن أعتقها وهي في العدة فإن كانت رجعية تغيرت عدتها، وإن كانت بائنة لم تتغير علىٰ ما قدمناه، فإن انقضت عدتها ثم مات المولىٰ فعليها بموت المولىٰ ثلاث حِيَض؛ لأنها عادت فراشاً له، فوجبت العدة لزوال الفراش.

١٩٥٣ ـ فَصْل: [عدة الأمة في حال موت الزوج والمولىٰ]

قال: وإن مات المولىٰ والزوج، وبين موتيهما أكثر من شهرين وخمسة أيام، ولا يُعلم أيهما مات أولاً فعليها أربعة أشهر وعشراً، فيها ثلاث حِيَض في قولهم؛ وذلك لأنه إن مات الزوج أولاً[1] فقد وجب عليها شهران وخمسة أيام؛ لأنها أمَة، ثم مات المولىٰ بعد انقضاء عدتها فوجب عليها ثلاث حيض، وإن مات المولىٰ أولاً عتقت بموته، ولا يجب عليها عدة منه، فلما مات الزوج وهي حرة وجب عليها أربعة أشهر وعشرة أيام، فقد حصل هاهنا حالة يجب فيها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض، وحالة تجب أربعة أشهر وعشراً، [فيها ثلاث حيض] ([والحيض][2] تدخل في الشهور، فوجب عليها علىٰ طريق الاحتياط أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض)[3].

وأما إن كان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام، فعليها أربعة أشهر وعشر في قولهم؛ لأنه لا حال بوجوب الحيض، ألا ترىٰ أنه [إن] مات المولىٰ أولاً لم يجب بموته شيء؛ لأنها تحت زوج فوجب عليها أربعة أشهر وعشر، وإن مات [١٩١/أ] الزوج أولاً وجب عليها شهران وخمسة أيام، وإن مات المولىٰ وهي في العدة فلم يجب عليها شيء بموته، فألزمناها أكثر المدتين.

وأما إذا لم يعلم كم [كان بين] موتيهما ولا أيهما الأول، فعليها عند أبي حنيفة: أربعة أشهر وعشرة لا حيض فيها.

---

(١) هنا في ب زيادة عبارة (فعليها ثلاث).

(٢) في النص (والشهران)، والمثبت ما يدل عليه السياق. والله أعلم.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.



وقال أبو يوسف ومحمد: فيها ثلاث حيض.

وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] وهذا تقدير بالنص فلا يزاد فيه بقياس؛ ولأن كل أمرين [حادثين][1] لا يعلم تاريخ ما بينهما يحكم بوقوعهما معاً كالغرقى، وإذا حكمنا بموت الزوج مع موت المولى، وجبت عليها العدة وهي حرة، فكانت [عليها] عدة الحرائر، فلم يكن لإيجاب الحيض حال فسقطت.

وجه قولهما: أنه يحتمل أن يكون موت الزوج تقدم فانقضت العدة ثم مات المولى، ويحتمل أن يكون المولى مات ثم مات الزوج، والعدد يعتبر فيها الاحتياط، فيجمع بين الشهور والحيض.

١٩٥٤ ـ فَصْل: [تداخل عدة الزوج والمولى على أم الولد]

وعلى هذا الأصل قال بِشْرٌ عن أبي حنيفة[2]: إذا تزوجت أم الولد بغير إذن مولاها ودخل بها الزوج ثم مات الزوج والمولى، ولا يعلم كم بين موتيهما ولا أيهما أولاً؛ فعليها حيضتان في قياس قول أبي حنيفة؛ لأنه يحكم بموتهما معاً.

وفي قول أبي يوسف: يجب عليها ثلاث حيض في أربعة أشهر وعشر على أصله في اعتبار الاحتياط.

قال: فإن علم أن بين موتيهما ما لا تحيض فيه حيضتين فعليها أربعة أشهر وعشر فيها حيضتان؛ وذلك لأنه يحتمل أن يكون المولى مات أولاً فجاز نكاحها

---

(١) في ب (جاو وبين)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (أبي يوسف).

بعتقها، فوجبت عليها عدة الحرائر بالوفاة، ويحتمل أن يكون الزوج مات أولاً فتجب عليها حيضتان، فاحتاطوا في الجمع بينهما.

قال: وإن حاضت حيضتين بين موتيهما فعليها أربعة أشهر وعشر، فيها ثلاث حيض في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه يجوز أن يكون المولىٰ مات أولاً فعتقت فصَحَّ نكاحها، فلما مات الزوج وجبت عليها الشهور، ويحتمل أن يكون الزوج مات أولاً ثم مات المولىٰ بعد انقضاء العدة، فتجب عليها ثلاث حيض، فاحتاطوا في إيجاب الشهور والحيض.

١٩٥٥ ـ فَصْل: [شراء الرجل زوجته وإعتاقها]

وإذا اشترىٰ الرجل زوجته ولها منه ولد فأعتقها فعليها ثلاث حيض: حيضتان من النكاح تجتنب فيها ما تجتنب الزوجة، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها ذلك؛ لأنه لما اشتراها فسد نكاحها، فصارت معتدة في حق غيره، وإن لم تكن معتدة في حقه بدلالة أنه لا يجوز له أن يزوجها، [١٩١/ب] فإذا أعتقها صارت معتدة في حقه وحق غيره؛ لأن المعنىٰ المانع من كونها معتدة في حقه، إباحة وطئها وقد زال، فوجب عليها حيضتان لفساد النكاح وفي العتق، وعدة النكاح يجب فيها الإحداد، فأما الحيضة الثالثة فإنما تجب في العتق خاصة، وعدة العتق لا إحداد فيها.

١٩٥٦ ـ فَصْل: [شراء الأمة بعد الطلاق والاستبراء]

فإن كان طَلَّقها قبل أن يستبرئها تطليقة بائنة ثم اشتراها، حلَّ له وطؤُها وكان لها أن تتزين؛ وذلك لأن الملك سبب في الإباحة، فإذا حصل بعد البينونة صار



كعقد النكاح، فإذا حلت له سقط عنها الإحداد[1].

قال: فإن حاضت ثلاث حيض قبل العتق ثم أعتقها فلا عدة عليها من النكاح، وتعتد من العتق ثلاث حيض؛ وذلك لأنها وإن لم تكن معتدة في حقه بعد الشراء فهي معتدة في حق غيره بدلالة [أنه] لا يزوّجها، فإذا مضت الحيض مع وجوب العدة في وجه من الوجوه اعتد بها، فإذا أعتقها وجب عليها بالعتق عدة أخرىٰ.

١٩٥٧ـ فَصْل: [شراء المكاتب زوجته ثم موته مع ترك وفاء]

وإذا اشترىٰ المكاتب زوجته ومات وقد ترك وفاء، فأديت الكتابة فسد النكاح قبل الموت بلا فصل، ووجبت عليها العدة من فساد النكاح حيضتان إن كانت لم تلد منه وقد دخل بها، وذلك لأنا نحكم بعتق المكاتب إذا ترك وفاء فأدّىٰ في آخر جزءٍ من أجزاء حياته، وإذا أعتق ملكها وفسد نكاحها، فلما مات زالت الاستباحة، فبقيت الحيض.

قال: فإن كانت ولدت فعليها إتمام ثلاث حيض؛ وذلك لأنها أم ولد، فيجب عليها حيضتان بالنكاح والعتق، وحيضة بالعتق خاصة، فإن لم يترك وفاء فعليها شهران وخمسة أيام، دخل بها أو لم يدخل بها إذا لم تكن ولدت منه؛ وذلك لأنه لما صار عاجزاً لم يفسد نكاحها فمات عنها وهي زوجة أمة، فيجب عليها شهران وخمسة أيام، فالدخول وعدم الدخول في عدة الوفاة سواء.

قال: فإن كانت ولدت منه سعت وسعىٰ ولدها علىٰ نجومه، فإن عجزا

(١) في أ (الإعداد).

فعدتها شهران وخمسة أيام لما قدمنا، فإن أديا عتقا وعتق المكاتب، فإن كانت أدت وهي في العدة فعليها ثلاث حيض مستأنفة من يوم عتقها تستكمل فيها شهران وخمسة أيام من يوم مات المكاتب؛ وذلك لأن المكاتب إذا ترك ولداً ولم يترك وفاء، (فإن الولد يسعىٰ ويؤدي البدل) [١]، وإذا حكمنا بعتق المكاتب في الحال أسندناه إلىٰ ما قبل الموت من طريق الحكم، ألا ترىٰ أنه مات عاجزاً في الظاهر، فلم يحكم [١٩٢/أ] بعتقه قبل موته مع العجز، وإنما نحكم عند الأداء فيعتق بعتقه، وتجب عليها الحيض بعد العتق، وليس كذلك إذا ترك وفاء؛ لأن الدين ينتقل من ذمته إلىٰ المال، فإذا أدىٰ حكمنا بسقوط مال الكتابة عنه قبل موته وسلامته للمولىٰ، فيعتق في ذلك الوقت.

وقد قال زفر في الفصلين جميعاً: إنا نحكم بعتقه قبل الموت، ونجعل الولد إذا أدىٰ، كالكسب إذا أدىٰ عنه.

قال: فإن أديا يعتقا بعد ما انقضت العدة بشهرين وخمسة أيام، فعليها ثلاث حيض مستقبلة؛ لأن عدة الوفاة لما انقضت تجدّد وجوب عدة بالعتق، فكان عليها أن تعتد بها.

١٩٥٨ ـ فَصْـل: [شراء المكاتب ولده مع أمه ثم مات وترك وفاءً]

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: إذا اشترىٰ المكاتب امرأته وولده منها ومات وترك وفاء من ديون له أو مال فعدتها ثلاث حيض في شهر وخمسة أيام؛ لأني لا [أعلم] [٢]يؤدي المال فيحكم بعتقه أو يتوىٰ فيحكم بعجزه: فوجب

(١) في أ (فاكتسب الولد وأدّىٰ).

(٢) في ب (أحكم) والمثبت من أ.

الجمع بين العدتين.

١٩٥٩ ـ فَصْل: [زواج المكاتب بنت مولاه ثم موتهما]

وإذا تزوج المكاتب بنت مولاه ثم مات المولى ومات المكاتب وترك وفاء فعليها أربعة أشهر وعشرة أيام دخل بها أو لم يدخل؛ لأن النكاح عندنا لا يفسد بموت المولى، فإذا مات المكاتب عن زوجته حُرَّة وجب عليها عدة الحرائر وإن لم يترك وفاء وقد دخل بها، فعليها ثلاث حيض، وإن لم يكن دخل بها فلا عدة عليها؛ لأنه مات عاجزاً فملكته قبل موته وانفسخ النكاح فوجبت عليها العدة بالفرقة في حال الحياة، إن كان دخل بها [وجبت] وإلا لم تجب.





بَابُ
ما يلزم المعتدة في عدتها

قال أبو الحسن: وإذا كانت المرأة في عدة من طلاقٍ فينبغي لها: أن لا تخرج من بيتها ليلاً ولا نهاراً، لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١]؛ ولأن نفقتها في مال زوجها فصارت كالزوجة.

وقد اختلفت السلف في تأويل قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ فقال عبد الله بن مسعود: الفاحشة أن تزني، فتخرج لإقامة الحد، وهو إحدى الروايتين عن إبراهيم.

وقال ابن عباس: العصيان والنشوز[1].

وقال ابن عمر وإحدى الروايتين عن إبراهيم: الخروج نفسه هو الفاحشة[2].

وذكر بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: الفاحشة أن تخرج، قال: وبه قال أبو حنيفة.

قال: وحدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن ابن مسعود قال: الفاحشة أن تزني فتخرج لإقامة الحد، وهو قول أبي يوسف، وليس يمتنع أن يكون ذلك مراداً بالآية؛ لأن اللفظ يحتمله، وقد [١٩٢/ب] كان أصحابنا يقولون: الصحيح قول ابن مسعود؛ لأن الغاية لا تكون غاية لنفسها، فلما قال: ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ

(١) في أ (الفسق).

(٢) انظر: تفسير ابن عطية ص١٨٦٧.



بِفَاحِشَةٍ ﴾ دل على أن الفاحشة غير الخروج ، وليس يمتنع أن يَصحّ قول إبراهيم ، فيكون معناه: ولا يخرجن إلا وهن بصفة من فعلِ الفاحشة كما يقول: لا يزني إلا فاسق ولا يسب النبي ﷺ إلا كافر ، معناه: أنه إذا فعل ذلك كان بهذه الصفة[1].

١٩٦٠ ـ فَصْـل: [خروج المتوفى عنها زوجها من البيت]

فأما المتوفى عنها زوجها فلا بأس أن تخرج بالنهار في حوائجها ، ولا تبيت [في غير][2] منزلها الذي تعتد فيه.

قال هشام عن محمد: لا بأس أن تنام [في غير] بيتها أقل من نصف الليل ، والأصل في ذلك: ما روي أن قريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري قتل زوجها فاستأذنت النبي ﷺ في الانتقال ، فقال: «**امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله**»[3] ، ولم ينكر خروجها إليه ، ومنعها من الانتقال ، فدل على جواز خروجها من غير انتقال.

وروى علقمة أن [نسوة من] همذان نعي إليهن أزواجهن ، فسألن ابن مسعود فقلن: إنا نستوحش ، فأمرهن أن يجتمعن بالنهار ، فإذا كان الليل فلترح كل امرأة إلى بيتها[4] ، ولأن نفقتها في مال نفسها فلا بد لها من الخروج لإصلاح أمرها ، والذي قاله محمد: إنها تنام [في غير][5] بيتها أقل من نصف الليل.

---

(١) انظر بالتفصيل: تفسير الطبري ٤٣٧/٢٣ وما بعدها.

(٢) في ب (عن) والمثبت من أ.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٣٠٠) ؛ والترمذي (١٢٠٤) ؛ والنسائي (في المجتبى) ، (٣٥٢٨) ؛ وابن ماجه (٢٠٣١) ؛ وابن حبان في صحيحه ، ١٢٩/١٠ ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٤٣٤/٧.

(٤) أخرجه الشافعي في الأم ٢٣٥/٥ ؛ وعبد الرزاق في المصنف ٣٦/٧ ؛ والتلخيص الحبير ٢٤٠/٣.

(٥) في ب (عن) والمثبت من أ.

صحيح ؛ لأن البيتوتة عبارة عن الكون في المكان أكثر الليل.

١٩٦١ - فَصْل: [الموضع الذي تؤمر المعتدة الاعتداد فيه]

قال: ومنزلها الذي تؤمر بالكون فيه والاعتداد، هو الموضع الذي كانت [تسكنه][١] حال مفارقة زوجها قبل موته، كان الزوج ساكناً فيه أو لم يكن، وكان أصحابنا يعبرون عن هذا فيقولون: يجب عليها أن تعتد في المكان الذي يضاف إليها بالسكنىٰ عند الفرقة، وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، فالبيت المضاف إليها هو الذي تسكنه.

ولهذا قال أصحابنا: إذا زارت أهلها فطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلىٰ منزلها فتعتد ؛ لأن ذلك الموضع هو الذي يضاف إليها، وإن كانت في غيره[٢].

١٩٦٢ - فَصْل: [اضطرار خروج المعتدة من البيت]

وإن اضطرت إلىٰ الخروج فلا بأس بذلك إذا لم تجد منه بداً، مثل أن تخاف سقوط منزلها، أو [يغار][٣] علىٰ متاعها، أو تكون بأجرة فلا تجد ما تؤديه في أجرته، فلا بأس عند ذلك أن تنتقل ؛ وذلك لأن الكون في منزلها عبادة، والعبادات تسقط بالأعذار، وقد روي عن علي بن أبي طالب ﵁ لما قتل عمر نقل أم كلثوم ؛ لأنها كانت في دار الإمارة، وروي أن عائشة ﵂ نقلت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر لما قُتِل طلحة، فدل علىٰ أنه [١٩٣/أ] يجوز الانتقال للعذر.

وأما أجرة المنزل: فإن كانت تقدر عليه لم تنتقل ؛ لأن من توصل إلىٰ أن

(١) في ب (تسكن) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤٠٥/٤ ؛ ومختصر القدوري ص٤٠٣.

(٣) في ب (تخاف) والمثبت من أ.

العبادة بماله وجب ذلك عليه، كشراء الماء للطهارة، فإن لم تقدر [سقطت العبادة][1]، كما يسقط شراءُ الماء عمن لا يجد الثمن.

١٩٦٣ ـ فَصْل: [سكنىٰ المعتدة]

قال: وتكون السكنىٰ في بيتها الذي تنتقل إليه بمنزله، كونها في المنزل الذي انتقلت منه في ترك الخروج منه؛ وذلك لأنها معذورة في الانتقال من الأول، فصار [الثاني] كأنه منزلها في الأصل، فلزمها المقام فيه حتىٰ تنقضي العدة.

١٩٦٤ ـ فَصْل: [السكنىٰ في نصيبها من البيت]

قال: فإن كان المنزل لزوجها وقد مات عنها، فلها أن تسكن في نصيبها إن كان ما يصيبها من ذلك ما يكتفىٰ به في السكنىٰ؛ وذلك لأنها تقدر أن تسكن في حقها فتؤدي العبادة علىٰ وجهها.

قال: وتستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمَحْرَم لها؛ لأنه لا يجوز لهم الاطلاع عليها، فأما إن كان نصيبها لا يكفيها أو خافت علىٰ متاعها منهم فلا بأس أن تنتقل؛ لأن هذا عذر، وقد بينا جواز الانتقال بالعذر[2].

١٩٦٥ ـ فَصْل: [سكنىٰ وبيتوتة المعتدة]

قال: والمطلقة ثلاثاً والرجعية والبائن، وسائر الفُرَق التي توجب العدة في ذلك سواء فيما يلزم المعتدة، أما الرجعية فهي زوجة، فلزوجها أن يمنعها من الخروج كما تمنع قبل الطلاق، وأما المبتوتة والمطلقة ثلاثاً فلما قدمنا. وأما

---

(١) في ب (سقط) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/٤٠٧.

قوله: وسائر الفرق فليس على ظاهره؛ لأنهم قد قالوا في المجوسية إذا أسلم زوجها فأبت الإسلام، فلا سكنى لها ولا نفقة إلا أن يختار الزوج حفظ مائه فيسكنها؛ وذلك لأن السكنى حق لله تعالى، والمجوسية لا تخاطب بحقوق الله تعالى، وتخاطب بحقوق الآدمي، وفي حفظها حق لزوجها، فإن طلب لزمها وإلا لم يلزمها.

فأما المسلمة إذا قَبَّلَتْ ابن زوجها، قالوا: لا نفقة لها ولها السكنى، لأنها مسلمة مخاطبة بحقوق الله تعالى، والسكنى من حقوقه، فأما الأمَة إذا اختارت نفسها، وامرأة العنين إذا اختارت الفُرْقَة، فلها السكنى والنفقة.

أما السكنى فلأنهن ممن تلزمهن العبادات، وأما النفقة فلأن امتناعهن بحق فلا تسقط نفقتهن، وأما التي قَبّلت [فقد امتنعت] بغير حق، فلا تجب لها النفقة[1].

١٩٦٦ـ فَصْل: [سكنى الأمة للعدة]

قال: فإن كانت المعتدة أمَة فلتخرج في ذلك كله في الطلاق والوفاة، وكذلك المدبرة وأم الولد والمكاتبة؛ وذلك لأن الأمَة لا يلزمها المقام في منزل زوجها في حال [قيام] النكاح، وحال العدة مرتبة على ذلك، ولأن خدمتها للمولى، فلو منعناها من الخروج أسقطنا حق المولى من الخدمة، وعلى هذا المدبرة وأم الولد، وأما المكاتبة فسعايتها حق لمولاها، فلو ألزمناها ترك الخروج [١٩٣/ب] تعذرت السعاية، فأما المعتق بعضها فهي مكاتبة عند أبي حنيفة حرة عندهما.

(١) انظر المصدر السابق ٤/٤٠٦.



١٩٦٧ ـ فَصْل: [خروج الأمة المبوأة منزلاً]

قال: فإن كانت الأمَة قد بوأها مولاها منزلاً، لم تخرج أيضاً ما دامت على ذلك، فإن أراد المولى أن يخرجها فلا بأس؛ وذلك لما بينا أن العدة [مرتبة] على النكاح، والأمة في حال النكاح إذا بوأها المولى كان للزوج أن يمنعها من الخروج حتى يبدو للمولى، فكذلك المعتدة.

وقد روى ابن سماعة عن محمد في الأمَة إذا طلقها زوجها، وكان المولى مستغنياً عن خدمتها، فلها أن تخرج وإن لم يأمرها؛ قال: لأنه إذا جاز لها أن تخرج بإذنه جاز لها أن تخرج بكل وجه، ألا ترى أن الخروج لحق الله تعالى، فلو لزمها لم يسقط بإذنه.

وأما الكتابية: فلها أن تخرج إلا أن [يحبسها][1] الزوج لحفظها في عدتها؛ وذلك لأن السكنى حق لله تعالى وللزوج (وهي غير مخاطبة بحقوق الله ومخاطبة بحق الزوج)[2]، وله حق في حفظها؛ لأن ولدها يلحقه، فكان له أن يسكنها.

قال: فإن أسلمت الكافرة في العدة أو أعتقت الأمَة، لزمها فيما بقي من عدتها ما يلزم الحرة المسلمة؛ وذلك لأن المانع من وجوب السكنى قد زال وحصل الإسلام والحرية مع العدة، فصار كالابتداء[3].

١٩٦٨ ـ فَصْل: [خروج الصغيرة في عدتها من البيت]

قال: وأما الصغيرة فلها أن تخرج من منزلها إذا كانت الفرقة [بائنًا] لا رجعة

---

(١) في ب (يجيبها) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤/٤٠٥، ٤٠٦

فيها، أذن الزوج أو لم يأذن؛ لأن السكنىٰ عبادة والصغيرة لا يلزمها العبادات، ولا يلزمها ذلك لحق الزوج؛ لأن حقه في حفظ الولد ولا ولد لها، وأما إن كانت الفرقة رجعية لم يجز لها أن تخرج إلا بإذنه؛ لأنها زوجة وخروج الزوجة موقوف علىٰ إذن الزوج.

١٩٦٩ - **فَصْل**: [نفقة النصرانية أثناء العدة]

قال أبو يوسف: وإذا طلق النصراني النصرانية فلها في قولي النفقة، ولا تتزوج حتىٰ تنقضي عدتها، ولا سكنىٰ لها إلا أن يشاء زوجها أن [يسكنها][1]، وذلك أن من أصله أن العدة تجب علىٰ الذمية لحق الذمي، إلا أن السكنىٰ لا تلزمها؛ لأنها حق لله تعالىٰ وهي غير مخاطبة بحقوقه، وتلزمها لحق الزوج إن طلب ذلك.

١٩٧٠ - **فَصْل**: [خروج أم الولد إذا مات سيدها]

فأمّا [أم] الولد إذا أعتقت أو مات سيدها فلها أن تخرج؛ لأن عدتها عدة وطء، كالمنكوحة نكاحاً فاسداً، فأما المعتدة من نكاح فاسد فلها أن تخرج، وذلك أن العدة فرع علىٰ حال الفراش، وهي لا يلزمها [السكنىٰ][2] في حال الفراش، فكذلك في حال العدة[3].

---

(١) في ب (يحبسها) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يحبسها) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤/٤١١.



بَابُ
ما تجتنب المعتدة في عدتها

قال الشيخ أبو الحسن: كل معتدة بالغة مسلمة بانت من زوج، فعليها أن تجتنب في عدتها الطِّيْبَ، والأصل في هذا: أن المتوفى عنها [زوجها] يلزمها الإحداد في عِدَّتها؛ بلا خلاف بين الفقهاء. وقال نفاة القياس: لا إحداد عليها.

لنا: ما روي أن أم حبيبة [١٩٤/أ] لما بلغها موت أبي سفيان انتظرت ثلاثاً ثم ادهنت، وقالت: ما بي إلى الطيب من حاجة، لكني سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت أكثر من ثلاثة أيام، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»** (١).

وروي أن امرأة مات عنها زوجها فجاءت إلى رسول الله ﷺ تستأذنه في الانتقال، فقال: **«إن إحداكن كانت تمكث في شرِّ أحلاسها إلى الحول، ثم تخرج فتلقي** (٢)**البعرة، أفلا أربعة أشهر وعشرة»** (٣)، فدل على أنه يلزمها أن تقيم في شر أحلاسها، وهذا هو الإحداد؛ ولأن النكاح لما حرم عليها في العدة، أمرت أن

---

(١) أخرجه البخاري (١٢٢١)؛ ومسلم (١٤٩١).

(٢) اللفظ في مسلم (فإذا مَرّ كلب رمت ببعرة فخرجت...) (١٤٨٨)؛ والطبراني في الكبير ٣٤٨/٢٣.

(٣) الحلس: كساء يكون على ظهر البعير تحت البرذعة، وينبسط في البيت تحت حر الثياب، وجمعه أحلاس، والمعنى: أنها كانت في الجاهلية إذا أحدّت على زوجها، اشتملت بهذه الكساء سنة جرداء، فإذا مضت السنة، رمت الكلب ببعرة، ترى أن ذلك أهون عليها من بعرة يُرمى بها كلب، فكيف لا تصبر في الإسلام هذه المدّة.

تجتنب الزينة حتىٰ تبتعد من صفة المُلتمسة للرجال، فأما المبتوتة فعليها الإحداد عندنا، وقال الشافعي: لا إحداد عليها[1].

لنا: حديث أم سلمة أن النبي ﷺ نهىٰ المعتدة أن تختضب بالحِنّاء، وقال: «**الحناء طيبٌ**»[2]، وهذا عام في كل عِدَّة، ولأنها مسلمة بانت من زوجها ببينونة يتعلق بها تحريم الوطء، وهي من أهل العبادات، فيلزمها الإحداد في عدتها كالمتوفىٰ عنها زوجها.

١٩٧١ - فَصْل: [المقصود بالإحداد]

فأما الإحداد فهو: أن تجتنب الطيب ولبس المُطَيَّب والمُعَصْفَر وما صُبغ بالزَّعْفَرَان والدُّهْن والْكُحْل، ولا تختضب ولا تمتشط، ولا تَتَزَيَّن ولا تلبس حُلِيًّا ولا تتشَوَّف، فأمّا الطيب فلنهيه ﷺ عن الحناء، وقوله: «**الحناء طيب**»، فالطيب أولىٰ أن تمنع منه، وكذلك الثوب المطيب، والحناء تمنع منه لهذا الخبر، والمصبوغ بالزعفران والعُصْفر له رائحة مستلذة فهي كالمطيب؛ ولهذا قالوا: إنه إذا غُسِل حتىٰ لا ينفض جاز؛ لزوال معنىٰ الطيب، وأما الدهن فلحديث أم حبيبة، والكحل يقصد به الزينة.

وقد قالوا: إنها تكتحل إذا اشتكت عينها بالكحل الأسود، وتصُبُّ في رأسها الدهن إذا اشتكت؛ لأن هذا مفعول للحاجة لا للطيب والزينة، فأما الحلي والامتشاط فهو للزينة وهي ممنوعة من ذلك.

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٣٣. قال النووي: «.. ويستحب لبائن، وفي قول: يجب» المنهاج ص٤٤٩.

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب المعرفة، كما في نصب الراية، ٣/١٢٤؛ وابن حجر في الدراية، وقال: «أخرجه البيهقي وأعله بابن لهيعة، لكن أخرجه النسائي من وجه آخر سلم منه» ٢/٣٩.



وقال أبو يوسف: لا بأس أن تلبس القصب والخزَّ الأحمر، وقال في الأصل: لا تلبس قصباً ولا خزاً تتزَيَّن به؛ وذلك لأن الخز والقصب قد يلبس للزينة، وقد يلبس للحاجة (والدفء)[1]، فاعتبر فيه القصد، فإن قَصَدَت أن تتزين به لم يجز، وإن لم تقصد جاز.

قالوا: وإن لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ فلا بأس بأن تلبسه ولا تقصد به الزينة؛ وذلك لأنها معذورة في لبسه إذا لم تجد ما تستر به العورة[2].

١٩٧٢ ـ فَصْل: [الإحداد على الصغيرة والكافرة]

ولا إحداد على الكافرة؛ لأن الامتناع من الطيب لحق الله فلا يلزمها كالإحرام، ولأن الامتناع[3] من الطيب عبادة [١٩٤/ب] بدنية، [فلا تلزم الكافرة.

ولا إحداد على الصغيرة، وقال الشافعي: عليها الإحداد[4].

لنا: أنها عبادة بدنية]، فلا يلزمها بالشرع كالصوم والصلاة، ولا تلزم العدة لأنها ليست بعبادة، وإنما هي مُضي الزمان، ومن أصحابنا من قال: لا يلزمها العدة، وإنما يجب علينا أن لا يتزوجها إلا بعد مضي زمان.

١٩٧٣ ـ فَصْل: [الإحداد على الأمة والمكاتبة]

وعلى الأمَة والمكاتبة الإحداد؛ لأنها عبادة بدنية، لا يسقط بها حق المولى

---

(١) في أ (البرد).
(٢) انظر: الأصل ٤/٤٣٢، ٤٣٣.
(٣) في أ (ترك الطيب).
(٤) انظر: المنهاج ص٤٤٩.

كالصلاة والصوم، وليس كذلك المقام في المنزل؛ لأن ذلك يسقط به حق المولىٰ.

١٩٧٤ - فَصْل: [الإحداد علىٰ المطلقة الرجعية]

وليس علىٰ المطلقة الرجعية إحداد؛ لأنها زوجة ووطؤها حلال كغير المطلقة، ولأنها مأمورة بأن تتزين وتتشوف لتقع عليها عين الزوج فيراجعها.

١٩٧٥ - فَصْل: [الإحداد علىٰ أم الولد إذا أعتقها مولاها]

وأمّا أم الولد إذا أعتقها مولاها أو مات عنها فلا إحداد عليها؛ لأنها تعتد من الوطء كالمنكوحة نكاحاً فاسداً، فأما المعتدة من نكاح فاسد فلا إحداد عليها؛ لأن الإحداد يجب لحرمة الزوجية، والنكاح الفاسد لا حرمة له[1].



(١) انظر: الأصل ٤/٤٣٣، ٤٣٤.



بَابُ
المطلقة تسافر في عدتها

قال أصحابنا: ليس لمطلقة طلاقاً يملك الرجعة فيه أن تخرج من منزلها الذي تعتد فيه، لسفر حج فريضة وغيره مع زوجها، ولا مع محرم غيره حتىٰ تنقضي عدتها أو يراجعها زوجها.

وقال زفر: لزوجها أن يسافر بها، وإنما قلنا: إنها لا تخرج مع غير الزوج لقوله تعالىٰ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: ١] ولأنها ممنوعة من الانتقال عن منزلها؛ فلأن تمنع من السفر أولىٰ، فأما إذا سافر بها الزوج (فلا خلاف يقع علىٰ)[1] أن السفر عندنا ليس برجعة؛ وذلك لأنه لا يختص بالنكاح، ألا ترىٰ أن الإنسان يسافر بزوجته وأمته، وما لا يختص به النكاح لا تقع به الرجعة.

وقال زفر: السفر رجعة؛ لأن من لا يريد إمساك المرأة لا يسافر بها، فصار السفر كالقُبلة واللمس، وإذا ثبت أنه ليس برجعة فلو أخرجها لخرجت مع بقاء العدة، وهذا لا يصح، وإذا ثبت لزفر أن السفر رجعة وقد سافر بها (قبل)[2] انقضاء العدة وهي زوجة، فصارت كغير المطلقة، وإنما قلنا: إنه يستوي سفر الحج وغيره؛ لأن المقام في منزلها واجبٌ لا يستدرك بعد انقضاء العدة، وسفر الحج واجب يستدرك بعدها، فكان تقديم ما لا يستدرك ليجمع من الواجبين أولىٰ.

---

(١) في أ (فالخلاف فرع علىٰ).

(٢) في أ (بعد).

وقد قالوا فيمن خرجت محرمة[1] فطلقها الزوج وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام، إنها ترجع وتصير بمنزلة الحضرة لما ذكرنا، فأما إذا راجعها الزوج فقد بطلت العدة، وعادت الزوجية فجاز له السفر بها.

قال بشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: [١٩٥/أ] لا يسافر بها، ليس من قبل أنه غير زوج وهو زوج بمنزلة المَحْرم، ولكن الله تعالىٰ قال: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ وهذا التعليل [قد بيّن][2] أن الطلاق الرجعي لا يوجب التحريم.

١٩٧٦ـ فَصل: [المطلقة البائن تسافر في العدة]

قال: وكذلك المطلقة البائن والثلاث؛ وذلك لأنهن معتدات، والسفر بالمعتدة لا يجوز، ولأن الزوج هاهنا خرج من أن يكون زوجًا، فلا يجوز أن يسافر بها.

١٩٧٧ـ مَسألة: [طلاق الرجل امرأته في السفر]

وإذا خرج الرجل مع امرأته مسافراً فطلقها في بعض الطريق، فإن كان بينها وبين مصرها الذي خرجت منه أقل من ثلاثة أيام رجعت إلىٰ مصرها، سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام أو أقل من ذلك؛ لأنها تقدر أن تعود إلىٰ منزلها من غير إنشاء سفر، فلزمها ذلك كمن طلقت وهي في المصر خارج بيتها، فأما إن كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام فصاعدًا، وبينها وبين مقصدها أقل من ثلاثة أيام، فإنها تمضي؛ لأنها لا تحتاج في المضي إلىٰ سفر، وتحتاج في عودها إلىٰ

---

(١) في أ (لحرمه).

(٢) في ب (يتبيّن أنه) والمثبت من أ.



سفر، وهي ممنوعة من السفر.

وقال أبو يوسف في سفر ثلاثة أيام وما دونها بغير محرم: إن كل واحد منهما ينهىٰ عنه، والثلاث أشد في النهي، وأما إذا كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام فصاعداً، وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعداً، والمكان الذي هي فيه لا يصلح للإقامة، فإن شاءت مضت وإن شاءت رجعت.

فإذا بلغت إلىٰ أدنىٰ المواضع منها الذي يصلح للإقامة، أقامت فيه عند أبي حنيفة؛ وذلك لأنها تحتاج في مضيها إلىٰ إنشاء سفر، وفي عودها إلىٰ مصرها إنشاء سفر، والمكان الذي هي فيه لا تقدر أن تقيم فيه لما يُخشىٰ عليها، فكانت مخيّرة في السفرين، إلّا أنها إذا بلغت في طريقها إلىٰ مكان يصلح للمقام أقامت فيه عند أبي حنيفة؛ لأن مكان الطلاق لو صلح للإقامة لم تتجاوزه، فإذا لم يصلح جاز لها المسير للضرورة.

فإذا بلغت إلىٰ مكان يصلح للإقامة، زالت ضرورتها، فوجبت الإقامة، وأما إذا كان موضع الطلاق يصلح للإقامة، قال أبو حنيفة: تقيم فيه حتىٰ تنقضي عدتها، وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان معها مَحْرَمٌ مضت علىٰ سفرها، فإن لم يكن فكما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ[1].

وجه قول أبي حنيفة: أن المرأة في السفر تابعة لزوجها بدلالة أنه لو نوىٰ الإقامة صارت مقيمة، ولو نوت الإقامة دونه، لم تكن مقيمة، فلما مات أو طلقها انقطع حكم سفرها التابع [له]، وصار الحكم يتعلق بنيتها، فخروجها إنشاء سفر في حال العدة، فلا [١٩٥/ب] يجوز من غير ضرورة.

---

(١) انظر: البدائع ٢٠٧/٣، ونقلها الكاساني من غير تصريح بالمصدر.

وجه قولهما: أن المرأة في العبادات يعتبر حكمها بنفسها، فإذا مضت فهي مستديمة للسفر وليست بمبتدئة فجاز، وأما إذا لم يكن معها مَحْرَمٌ فقولهما كقول أبي حنيفة؛ لأن عدم المحرم يمنع المرأة من المسير ثلاثة أيام فصاعداً.

ولم يذكر أصحابنا حكم المسافرة بنفسها (مع محرم) إذا بلغها وفاة الزوج أو طلاقه، والذي يجب على تعليلهم لأبي حنيفة: أن يجوز أن تمضي عنده؛ لأن سفرها لم يكن تابعاً للزوج وإنما كان متعلقاً بنيتها، فهي باقية على السفر وليست مبتدئة فيجوز.

قال محمد: فإن كان الزوج قبل طلاقها نوى أن يقيم خمسة عشر يوماً ثم طلقها، لم يجز لها المضي في السفر؛ وذلك لأنها صارت مقيمة بإقامته، فلو سارت بعد الطلاق كانت منشئة للسفر في حال العدة، وهذا لا يجوز.





بَابُ
المعتدة متى يلحق نسب ولدها

قال الشيخ رحمه الله: الأصل في هذا الباب أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وذلك لما روي أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر، فهمَّ عثمان(1) برجمها، فقال ابن عباس: أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم، قال الله تعالىٰ: ﴿وَفِصَالُهُۥ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، وقال: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾(2) [البقرة: ٢٣٣](3)، فدل علىٰ أن مدة الحمل تكون ستة أشهر، فأما أكثره فسنتان، وقال الشافعي: أربع سنين(4).

لنا: ما روي عن عائشة أنها قالت: (لا يبقىٰ الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو [بظل مغزل](5))(6)، وهذا لا يقال إلا من جهة التوقيف، فكأنها روت ذلك عن النبي عليه السلام، فإذا ثبت هذا قلنا: كل موضع كان الوطء مباحاً فمدة الحمل مقدرة

---

(١) في أ (عمر رضي الله عنه).

(٢) في بعض الروايات: (فصاله في عامين)، بدل آية: (والوالدات يرضعن...)، وتكملته: (فإذا ذهب للفصال عامان، لم يبق للحمل إلا ستة أشهر، فدرأ عثمان رضي الله عنه الحد عنها، وأثبت النسب من الزوج). المبسوط ٦/٤٤.

(٣) الأثر أورده أصحاب كتب الفقه، ولم أعثر عليه في كتب الأحاديث والآثار. البدائع ٣/٢١١؛ شرح فتح القدير ٤/٣٦٣.

(٤) انظر: المهذب ٤/٥٣٣.

(٥) في الأصل (بفركة معزىٰ) والمثبت من الدراية ونصب الراية.

(٦) أخرجه الذهبي في تذكرة الحفاظ، ١/١٦٥؛ وأورده ابن حجر في الدراية، ٢/٨٠؛ والزيلعي في نصب الراية، ٣/٢٦٤.

بستة أشهر ، ما لم يؤد ذلك إلىٰ إثبات رجعه بالشك أو استحقاق مال بالشك ، وكل موضع كان الوطء محظوراً فمدة الحمل مقدرة سنتين ؛ وذلك لأن الواجب حمل أمر المسلمة علىٰ الصحة ، فإذا تزوجها قدر الحمل بستة أشهر (حتىٰ لا يؤدي إلىٰ فساد نكاحها ، فإذا أبانها قدرت مدة حملها بسنتين)[1] حتىٰ يثبت نسب ولدها من الزوج ، فإذا صَحَّ هذا قلنا: إذا طلق الرجل امرأته ، فجاءت بولد ما بينه وبين سنتين ثبت نسبه ؛ لأن الوطء محظور في الطلاق البائن ، ومدة الحمل في الوطء المحظور مقدرة بسنتين ، فوجب أن يثبت النسب ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين لم يثبت ؛ لأنه [حمل حادث][2] جاءت به بعد البينونة [١٩٦/أ] فلم يثبت من الزوج ، وأما المطلقة الرجعية فيثبت نسب ولدها ما بينها وبين سنتين ؛ لأنها مدة الحمل ، ولا يقدر حملها بستة أشهر ، وإن كان الوطء مباحاً ؛ لأن ذلك يؤدي إلىٰ إثبات الرجعة بالشك ، ألا ترىٰ أن الأمر يحمل علىٰ أنه وطئها بعد الطلاق ولا حاجة بنا إلىٰ ذلك ، وإن جاءت بولد لأكثر من سنتين [فقد] ثبت نسبه وكان رجعة ؛ لأنه لا بد أن يكون لوطءٍ حادث ، ووطؤها مباح للزوج ، فلم يحمل أمرها علىٰ وطءٍ غيره ، فيحمل علىٰ أنه وطئها في العدة فصار مراجعاً ، فيثبت نسب الولد وتصح الرجعة.

١٩٧٨ ـ فَصْل: [المبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين]

وأما المبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين فعند أبي حنيفة ومحمد: يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لستة أشهر ، وتردُّ ما أخذت من النفقة ، وقال أبو يوسف: تنقضي عدتها بوضع الحمل ولا يثبت نسبه ولا تَرُدُّ النفقة[3].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (محمل جاءت به) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤/٤١٧ ، ٤١٨.



وجه قولهما: أن الولد لا بد أن يكون لوطءٍ حادث بعد الطلاق، فلا يجوز أن يحمل الأمر علىٰ أن الزوج وطئها؛ لأن وطئه محظور، ولا يجوز أن يحمل علىٰ أن أجنبياً وطئها بشبهة، فلم يبق إلا أن يحمل علىٰ وطءٍ مباح، وهو أن عدتها [قد] انقضت وتزوجت، وأقل ما يجوز أن يكون الحمل فيه ستة أشهر، فوجب عليها رد النفقة في المدة التي حكمناها بانقضاء عدتها؛ ولأنا لو حملنا أمرها علىٰ أن أجنبياً وطئها بشبهة سقطت النفقة عن زوجها؛ لأنهم قالوا في الزوجة إذا تزوجت فحبلت فلا نفقة علىٰ زوجها.

وأما أبو يوسف فقال: يجوز أن يكون وطئها أجنبي بشبهة، ويجوز أن يكون الزوج وطئها بشبهة، فلا ترد النفقة بالشك ولا يثبت النسب بالشك، وقد روىٰ [بشر] عن أبي يوسف في كتاب الطلاق في هذه المسألة مثل قول أبي حنيفة وعلل، [وقال]: لأنها صارت مانعة لنفسها من الحمل فهو أكثر من النشوز.

قال أبو الحسن: فأما الصغيرة إذا طُلِّقت فجاءت بولد لتسعة أشهر، ولم تكن ادعت حملاً في الثلاثة الأشهر، فإن نسب ولدها لا يثبت عند أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن، وقال أبو يوسف: يثبت نسب الولد إن جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهراً بساعة، وإن جاءت به لسبعة وعشرين شهراً كاملاً لم يثبت.

قال: وجملة هذا أن الصغيرة إذا ادعت حملاً في مدة العدة، لم يحكم بانقضاء عدتها بمضي الشهور في قولهم [جميعًا]؛ لأن المرجع في البلوغ والحمل إلىٰ قولها، فإذا ادعت فقد انتقلت عدتها عن الشهور، فصارت كذوات الحيض لا يحكم بانقضاء عدتهن إلا بإقرارهن، [فأما إذا لم تدّع][1] [١٩٦/ب] حكمنا بانقضاء

(١) في ب (فإذا ما) والمثبت من أ.

عدتها بمضي ثلاثة أشهر في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر؛ وذلك لأن عدتها الشهور، ألا ترىٰ أن الأصل فيها عدم البلوغ، فنحن علىٰ الأصل حتىٰ يحدث غيره.

وإذا حكمنا بانقضاء عدتها، صارت عند تمام الشهور كالبالغة إذا أقرت بانقضاء العدة، فيثبت نسب ولدها لأقل من ستة أشهر من حين إقرارها، وليس كذلك المتوفىٰ عنها [زوجها]، فإنا لا نحكم بانقضاء عدتها بمضي الشهور؛ لأن عدتها يجوز أن تكون بالشهور ويجوز أن تكون بوضع الحمل، فما لم تقر بانقضاء عدتها، لم نحكم بأحد الأمرين[1].

وجه قول أبي يوسف: أن المراهقة يجوز أن تكون حبلت ونحن لا نعلم، فتقف عدتها علىٰ وضع الحمل، ويجوز أن تكون بلغت فتقف عدتها علىٰ الحيض، [فما لم تقر][2] لم نحكم بانقضاء عدتها كالمتوفىٰ عنها، فإذا ثبت هذا الخلاف قال أبو يوسف: إن كانت مبتوتة ثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقلّ من سنتين من يوم الطلاق؛ لأنا نحكم بالعلوق قبل الطلاق، وإن جاءت به لسنتين لم يثبت؛ لأنه [بحمل][3] حادث بعد الطلاق، وإن كانت رجعية ثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهراً؛ لأنا نحكم [بأن][4] العلوق كان في مدة العدة فيصير به مراجعاً.

١٩٧٩ - فَصْل: [ثبوت نسب الولد من المتوفىٰ عنها زوجها]

فأما المتوفىٰ عنها زوجها، فيثبت نسب ولدها ما بينها وبين سنتين[5]، قال

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٠٦.

(٢) في ب (وإن لم يبن) والمثبت من أ.

(٣) في ب (كحمل) والمثبت من أ.

(٤) في ب (إن بان) والمثبت من أ.

(٥) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٣٤.



زفر: إذا لم تَدَّعِ الحمل في مدة العدة وجاءت به [العشرة][1] أشهر وعشرة أيام لم يثبت.

وجه قولهم: أن المتوفى عنها يجوز أن تكون حاملاً فلا تنقضي عدتها بالأشهر، فما لم تقر لم يحكم بانقضاء عدتها كالعدة من الطلاق.

وجه قول زفر: أن الأصل عدم الحمل، فإذا مضت الأربعة الأشهر وعشراً حكمنا بانقضاء عدتها فكأنها أقرت، فإن جاءت بولد بعد ذلك لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه وإلا لم يثبت، وحكى أبو الحسن مسألة الصغيرة.

١٩٨٠ - **فَصْل: [اعتراف المعتدة بانقضاء عدتها، ثم أتت بولد]**

قال أصحابنا: إذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها، ثم أتت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه، وإن جاءت به لتمام ستة أشهر لم يثبت، وقال الشافعي: ما لم تتزوج[2].

لنا: أن إقرارها معنىً صَحَّ من جهتها لم يحكم ببطلانه، فوجب أن يحمل على الصحة كتزويجها، وليس كذلك إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر لأنا حكمنا ببطلان إقرارها؛ لأن الحمل لا يجوز أن يكون لأقل من ستة أشهر، فقد بان أنها أقرت وهي حامل.

١٩٨١ - **فَصْل: [الصغيرة المتوفى عنها زوجها إذا جاءت بولد]**

وإذا كانت المتوفى عنها صغيرة، فجاءت بولد لأقل من عشرة[3] أشهر

(١) في ب (لأربعة) والمثبت من أ.
(٢) انظر: الأصل ٤/٤١٩؛ التجريد ١٠/٥٢٩٩.
(٣) في أ (أربعة).

وعشرة أيام لزم، وذلك لأنا حكمنا بانقضاء عدتها، وكانت حاملاً في العدة، فبطل ما حكمنا به وثبت نسب الولد.

١٩٨٢ ـ فَصْل: [ثبوت النسب بشهادة النساء]

[١٩٧/أ] وقد ذكر أبو الحسن في هذا الباب ثبوت النسب، ولم يذكر ما ثبت به، وجملة هذا: أن الزوجة إذا جاءت بولد فأنكر زوجها الولادة [فإنه يثبت النسب][(١)] بشهادة امرأة ثقة، وقال الشافعي: لا يثبت إلا بشهادة أربع نسوة[(٢)].

لنا: ما روي أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة في الولادة، ولأن ما جاز أن يقتصر فيه على قول النساء لم يشترط فيه العدد كالإخبار[(٣)].

١٩٨٣ ـ فَصْل: [ثبوت النسب من المعتدة]

وأما المعتدة إذا جاءت بولد، فأنكر الزوج الولادة ولم يكن أَقَرَّ بالحبل ولا كان الحبل ظاهراً، فإن النسب لا يثبت عند أبي حنيفة إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت بشهادة امرأة[(٤)].

لأبي حنيفة: أن العدة انقضت بوضع الحمل وصارت أجنبية، ونسب ولد الأجنبية لا يثبت بشهادة النساء، وليس كذلك الزوجة؛ لأن الولادة تثبت بشهادة

---

(١) في ب (ثبت) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/٤١٩؛ مختصر المزني ص ٣٠٤؛ المنهاج ص٥٧٠.

(٣) قال ابن حجر: «في الباب عن علي أنه أجاز شهادة القابلة وحدها، أخرجه عبد الرزاق، وأخرجه الدارقطني من حديث حذيفة مرفوعاً، ولعبد الرزاق: أن عمر أجاز شهادة امرأة في الاستهلال» الدراية ٢/١٧١.

(٤) انظر: القدوري ص٤٠٥.

النساء، والنسب يثبت بالفراش.

وحسب قولهما: إن هذا الولد جاءت به[1] علىٰ حكم الفراش، وحكم الفراش أقوىٰ من نفس الفراش، ألا ترىٰ أن ما جاءت به علىٰ الفراش ينتفي باللعان، وهذا لا ينتفي باللعان، وإذا ثبت ولادة الزوجة بقول امرأة فهذا أولىٰ.

١٩٨٤ ـ فَصْل: [أثر إقرار الزوج بالحبل في ثبوت النسب]

فأما إذا أقر الزوج بالحبل أو كان ظاهراً، فالقول قول المرأة في الولادة وإن لم تشهد لها قابلة عند أبي حنيفة، وقالا: لا يثبت إلا بشهادة امرأة.

لأبي حنيفة: أنه يثبت كون الولد في الرحم بإقراره أو ظهوره ولا بد له من الانفصال، فالقول قولها في انفصاله كدم الحيض.

وجه قولهما: أن كل ما يمكن أن يعلم من جهة غيرها لم يثبت بقولها، كسائر الحقوق، وليس كذلك الحيض؛ لأنه لا يعلم من جهة غيرها.

١٩٨٥ ـ فَصْل: [أقل المدة التي تصدق المرأة فيها بانقضاء العدة]

ولم يذكر أبو الحسن أقل المدة التي تصدق المرأة فيها بانقضاء العدة، وقد قال أبو حنيفة: إنها لا تصدق إذا كانت حرة في أقلّ من شهرين، وقال أبو يوسف ومحمد: تسعة وثلاثين يوماً.

لأبي حنيفة علىٰ رواية محمد: أن انقضاء العدة فيما قالاه نادر، والأمين إذا ادّعىٰ خلاف الظاهر لم يقبل قوله، كما لو قال الوَصِيُّ: أنفقت علىٰ الصغير

(١) في ب (حادث) والمثبت من أ.

ألف دينار في يوم، ولا يقال فقد قلتم إن المعتدة إذا لم تقر[1] بانقضاء عدتها عشرين سنة صدقتموها، وإن كان ذلك خلاف الظاهر؛ لأنا لا نصدقها بالظاهر، ولكن الأصل أنها معتدة، فنحن على يقين سابق لا ننتقل عنه بالشك، وإذا ثبت هذا فالظاهر أن من أراد الطلاق أوقعه في أول الطهر، فتعتد عقيب الطلاق وأقلّ الطهر خمسة عشر يوماً، ثم يثبت بعده حيض خمسة أيام؛ لأنه لا يجوز أن يحكم بحيض ثلاثة أيام؛ لأن ذلك نادر ولا تحيض عشرة أيام لأن ذلك نادر، فحكم بالوسط ثم بعده [١٩٧/ب] خمسة عشر طهر وخمسة حيض، وخمسة عشر طهر وخمسة حيض، وخمسة عشر طهر وخمسة حيض، فذلك ستون يوماً.

وروى الحسن عنه أنه قال: أحكم بالطلاق في آخر الطهر؛ لأنه لا ضرورة إلى إثباته في أوله؛ لأن طلاق السنة يجوز في أول الطهر وآخره، إلا أني أحكم في الحيض بعشرة أيام؛ لأني اعتبرت أقل الطهر، وفي ذلك تقصير[2] العدة، فوجب أن يحكم بأكثر الحيض حتى لا يفوت حق الزوج من كل وجه فتبتدئ عقيب الطلاق على هذه الرواية بعشرة حيض وخمسة عشر طهر، وعشرة حيض وخمسة عشر طهر، وعشرة حيض، فذلك ستون يوماً، فاتفق الحكمان وإن اختلف الطريقان.

وجه قولهما: أن الأمين متى أمكن حمل قوله على الصحة لا يحمل على الفساد، ويجوز أن تكون صادقة في أنها حاضت أقل الحيض وطهرت أقل الطهر، وطلقها في آخر الطهر، فابتدأت بالعِدَّة عقيب الطلاق بثلاث حيض وخمسة عشر طهر، وثلاث حيض وخمسة عشر طهر وثلاثة حيض، فذلك تسعة وثلاثون يوماً.

---

(١) في أ (تعترف).

(٢) في أ (تقليل).



وأما الأمَة [إذا اعتدت] فعند أبي حنيفة: أقل ما تصدق فيه علىٰ رواية محمد أن يكون أربعين يوماً؛ لأنه يحكم عقيب الطلاق بخمسة عشر يوماً طهر وخمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض.

فأما علىٰ رواية الحسن: فتبتدئ بعشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض، فتنقضي العدة بخمسة وثلاثين يوماً، فاختلف حكم الروايتين في هذه المسألة.

فأما علىٰ قولهما فتصدق في أحد وعشرين يوماً؛ لأنهما يبتدئان بثلاث حيض وخمسة عشر طهر وثلاث حيض.

١٩٨٦ـ فَصْل: [أقل المدة التي تصدق فيها النفساء]

وأما النفساء إذا كانت حرة، فقال أبو حنيفة في رواية محمد: لا تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوماً، إلا أنه يثبت النفاس خمسة وعشرين يوماً؛ لأنه لو أثبت أقل من ذلك، احتاج أن يثبت بعده طهر خمسة عشر يوماً، ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر؛ لأن من أصله أن الدمين في الأربعين لا يفصل بينهما طهر، وإن كثر فجعل النفاس خمسة وعشرين يوماً، حتىٰ يثبت بعده طهر خمسة عشر، فيقع الدم بعد الأربعين، وإذا كان كذلك كان بعد الأربعين خمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض وخمسة عشر طهر، وخمسة حيض، وذلك خمسة وثمانون يوماً.

وأما علىٰ رواية الحسن: فمائة يوم؛ لأنه يثبت بعد الأربعين عشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض.

وأما أبو يوسف فقال: لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً؛ لأنه يحكم بأحد عشر يوماً نفاس؛ لأن العادة أن أقل النفاس يزيد على أكثر الحيض، ثم يثبت [بعده] خمسة عشر يوماً طهر وثلاثة [١٩٨/أ] حيض وخمسة عشر طهر وثلاثة حيض، وخمسة عشر يومًا طهر وثلاثة حيض.

وأما محمد فقال: أربعة وخمسين يوماً وساعة؛ لأن أقل النفاس ما وجد من الدم، فيحكم بنفاس ساعة وبعده خمسة عشر يوماً طهر وثلاثة حيض وخمسة عشر طهر وثلاثة حيض وخمسة عشر طهر وثلاثة حيض.

وأما إن كانت أَمَةً فعلى رواية محمد عن أبي حنيفة: لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً؛ لأنه يثبت بعد الأربعين خمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض.

وعلى رواية الحسن: خمسة وسبعين يوماً؛ لأنه يثبت بعد الأربعين عشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض.

فأما أبو يوسف فقال: سبعة وأربعين؛ لأنه يثبت أحد عشر نفاساً وخمسة عشر طهراً وثلاثة حيض وخمسة عشر طهر وثلاثة حيض.

وأما محمد فقال: ستة وثلاثين يوماً وساعة؛ لأنه يثبت ساعة نفاساً وخمسة عشر طهراً وثلاثة حيضاً وخمسة عشر طهراً وثلاثة [حيض. آخر الطلاق].





[٥٠] كتاب العِتاق[١]

قال الشيخ ﷺ: العتق: إسقاط الحق عن الرق، والحقوق تسقط الحق عنها بالإسقاط، فإسقاط الحق عن الرق عتق، وعن استباحة البضع طلاق، وعن الديون براءة، وأما الأعيان فلا يصح إسقاط الحق عنها؛ وذلك لأن المالك إذا أسقط حقه بقيت العين غير منتقلة بالإسقاط فلم يسقط حقه، وأما الحقوق فإذا أسقط حقه عنها سقطت ولم يبق هناك شيء يحتاج إلى النقل؛ فلذلك سقط الحق عنها بالإسقاط.

والأصل في جواز وقوع العتق: أن الله افترضه علينا في الكفارات، ولا

(١) فإن كتاب العتاق، ومسائله الكثيرة المتفرعة في هذا الكتاب وغيره، والتي أصبحت غير مطبّقة، ولا معروفة في حياة الناس اليومية، وذلك لانقطاع أحكام (العبيد والإماء) في عصرنا الحاضر لأسباب، بل أصبح الحديث في هذا الموضع جريمة لدى البعض، لكن كتب الفقه التراثي ذاخرة مليئة بتلك المسائل التي كانت مألوفة معتادة في حياة الفرد والمجتمع؛ لوقوع قضايا (العبودية والحرية) في حياتهم اليومية، وكانت الحاجة ضرورية لمعرفة أحكام تلك المسائل المتشعبة في شتّى نواحي الحياة، في ذلك الوقت؛ ولذلك يجد القارئ ذلك في جلّ أبواب الفقه.
ومن ثمّ ذهب البعض من محققي الكتب التراثية إلى إلغاء هذه المسائل كليّة، لكن البعض الآخر اعتبروا حذف تلك المسائل من الكتب خيانة علمية، إضافة بأن هذه الأبواب ومسائلها تفيد الفقهاء وتنفعهم في عصرنا؛ لمعرفة الأشباه والنظائر في المستحدثات النازلة في شتّى نواحي الحياة، التي لا مستند لها، وغير ذلك من الفوائد والإضافات العلمية، المكنونة في ثنايا تلك الفروع، والتي لا يدركها إلا العالمون بالفقه الإسلامي وحكمه وأسراره.
للأسباب التي ذكرتها؛ جعلني أذكر تلك المسائل، كما ذكرها المؤلف ﷺ، من غير زيادة ولا نقصان، اللهم إلا أني تركت التعليق والتفريع والتطويل بالشرح والبيان، واكتفيت بتصحيح العبارة وتقييمها بقدر الإمكان، بحسب المنهج العلمي في ذلك.



يصح أن يفترض [ما لا يريد، ونَدَبنا][1] إليه بقوله: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣]، ولا يندب إلا إلىٰ ما يصح فعله وهو مما ندب إليه.

والدليل علىٰ ذلك: ما روىٰ ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**أيما مؤمن أعتق مؤمناً في الدنيا أعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار**»[2]، وفي حديث أبي ذر أن النبي ﷺ قال: «**خير الأعمال إيمان بالله وجهاد في سبيل الله**»، قلت: وأي الرقاب خير؟ قال: «**أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها**»[3]، وفي حديث واثلة بن الأسقع قال: أتينا رسول الله ﷺ في صاحب لنا قد أوجب، فقال: «**أعتقوا عنه، يعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار**»[4]، وفي حديث البراء بن عازب قال: جاء أعرابي إلىٰ النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، علمني عملاً يدخلني الجنة، قال: «**لئن كنت أقصرت الخطبة، فقد عرضت المسألة، فك الرقبة وأعتق النسمة**» قال: أَوَ ليستا بواحدة؟ قال: «**لا، عتق الرقبة أن تنفرد بعتقها،** [١٩٨/ب] **وفك الرقبة أن تعين في ثمنها**»[5]، وعن أبي نجيح السلمي قال: حاصرنا مع رسول الله ﷺ الطائفَ فسمعته يقول: «**من رمىٰ بسهم في سبيل الله فله درجة في الجنة، ومن شاب شيبة في الإسلام كانت له نوراً يوم القيامة، وأيما مسلم أعتق رجلاً مسلماً كان له وقاء كل عظم من عظامه عظم من عظام محررة من النار، وأيما**

(١) في ب (ما لا يوجدونه بنا) والمثبت من أ.

(٢) أورده العيني في عمدة القاري، ١٣/٧٧.

(٣) أخرجه الشيخان بلفظ: (من أعتق رقبة مسلمة..) البخاري (٢٣٨٢)؛ ومسلم (١٥٠٩)، وبلفظ المؤلف: أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٤٨٧٩، ٤٨٨٠).

(٤) أخرجه «أحمد، وأبو داود، والنسائي، وابن حبان، والحاكم من حديث واثلة بن الأسقع» كما قال ابن حجر في التلخيص ٤/٤٨.

(٥) «أخرجه أحمد، وابن مردويه، وصححه ابن حبان» كما قال ابن حجر في فتح الباري، ٨/٧٠٤.

امرأة أعتقت امرأة مسلمة كان لها وقاء، كل عظم من عظامها عظم من عظام محررتها من النار»[١].

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك وصححه، ٣/٥١؛ بلفظ: (فإن الله جاعل وقاء)؛ والبيهقي في الكبرى، ١٠/٢٧٢؛ والنسائي (في المجتبى)، ٦/٢٧.

بَابٌ
اللفظ الذي يقع به العتاق [الصحيح وما في معناه]

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: ألفاظ العتاق علىٰ ضربين: صريح وكناية، فالصريح: لفظ الحرية، والعتق، والولاء وما تفرع منها، وهي علىٰ ثلاثة أضرب:

١ ـ إخبار، كقوله: قد أعتقتك وحررتك.

٢ ـ وصفة، كقوله: أنت حر، وأنت عتيق.

٣ ـ ونداء، كقوله: يا حر، ويا مولاي.

فأما الحرية والعتق فهو الصريح؛ وذلك لأن أهل اللغة استعملوها في هذا المعنىٰ ووضعوها له، ولأن الحرية عبارة عن إسقاط الحقوق، يقال: أرض حرة، إذا لم يكن عليها خراج، وإسقاط حق المولىٰ عن مملوكه إنما يكون ببطلان رِقِّه، وإنما قلنا: إن الإخبار عن هذه الألفاظ يقع بها الحرية؛ لأن الواجب حمل أمر المسلم علىٰ الإخبار بالصدق دون الكذب؛ وذلك لا يكون إلا بعد تقدم العتق.

فأما الصفة إذا قال: أنت حر أو أنت عتيق، فهو صريح الإيقاع؛ ولأن الظاهر أنه وصفه بصفة أن تلك الصفة موجودة، فأما إذا قال: أنت مولاي، فهذه اللفظة مشتركة في اللغة يعبر بها عن النصرة، قال الله تعالىٰ: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ مَوْلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَأَنَّ ٱلْكَٰفِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ﴾ [محمد: ١١] وأراد الناصر، ولا يجوز أن يكون قوله لعبده: [يا] مولاي، يريد به النصرة؛ لأن المولىٰ لا يستنصر بعبده،



وقد يعبر بالمولىٰ عن ابن العم، قال تعالىٰ: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَالِيَ مِن وَرَآءِى﴾ [مريم: ٥] ولا يجوز أن يكون هذا [هو] المراد؛ لأن نسب العبد [غير] معروف، وقد روي أنه يعبر بالمولىٰ عن المعتق، وهو المولىٰ الأعلىٰ، ولا يجوز أن يكون مراده؛ لأن العبد لا يعتق مولاه، فلم يبق إلا أن يكون المراد به مولاي الذي أنعمت عليه؛ [فلذلك][1] كان صريحاً في الحرية.

وأما ألفاظ النداء مثل قوله: يا حر، ويا عتيق ويا معتَق، ويا مولاي، فإن الحرية تقع بها؛ لأن الظاهر أنه موصوف بهذه الصفة حين ناداه بها.

وقد قال أصحابنا: إن هذه الألفاظ يقع بها العتق، نوىٰ أو لم ينوِ؛ لأن كل ما كان صريحاً في موضوعه لم يفتقر إلىٰ النية، كصريح الطلاق، وقالوا: إن قال: عنيت [أنه حر][2] من العمل، أو مولاي في الدين لم يصدق في القضاء؛ لأنه نوىٰ خلاف ظاهر [١٩٩/أ] لفظه، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأن الكلام يحتمله[3].

وأما قول أبي الحسن: أنه إذا قال: أنت حرٌ لوجه الله عتق، فإن ذكر وجه الله تعالىٰ ليس بشرط في العتق، وإنما هو علىٰ طريق التأكيد، وليتبين أنه قصد بالعتق القربة.

وقد ذكر محمد في الأصل: أن من قال لعبده: أنت حرٌ لوجه الشيطان عتق؛ لأنه ذكر الحرية ونفىٰ القربة عنها، فانتفاء القربة لا يمنع من وقوع [العتق][4]،

---

(١) في ب (فكذلك) والمثبت من أ.

(٢) في ب (حرًا) والمثبت من أ.

(٣) انظر: مختصر القدوري (مع تصحيح القدوري) ص٤٢١.

(٤) في ب (الحرية) والمثبت من أ.

وعلىٰ هذا قالوا: لو قال لعبده: أنت حر من عمل كذا، أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء؛ لأنه أعتقه في زمان دون زمان، وأعتقه من عمل دون عمل، والمعتَق في زمان معتق في كل زمان، والمعتق من عمل معتق من كل عمل.

ومما يلحق بالصريح وليس موضوعاً للعتق قوله: وهبت لك نفسك، وبعتكَ نفسك، إن العتق يقع بذلك قَبِلَ العبد أو لم يَقْبَلْ؛ لأن الهبة والبيع يقتضيان زوال الملك وانتقاله إلىٰ المشتري والموهوب له، والعتق [يقع] بزوال ملك المولىٰ عن الرق ولا ينتقل الرق إلىٰ العبد، فكأنه أتىٰ بلفظ الحرية وزيادة، وإنما لم يجعل هذا صريحاً؛ لأنه ليس بموضوع في اللغة للعتق، إلا أنه ملحق بالصريح، بمعنىٰ أنه لا يفتقر إلىٰ نية في وقوع العتق به، وإنما لا يفتقر إلىٰ القبول؛ لأن قبول الموهوب [له] والمشتري يحتاج إليه ليدخل الشيء في ملكه، والرق لا يدخل في ملك العبد فلا يقف العتق علىٰ قبوله.

وقد قال أبو حنيفة: إذا قال لعبده: وهبت لك نفسك، وقال: أردت [به] أني وهبت له عتقه، بمعنىٰ: أني لا أعتقه، لم يصدق في القضاء؛ وذلك لأن اللفظ الذي وضع لإزالة الملك، إذا استعمل في تبقية الملك فقد ترك ظاهره، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه نوىٰ ما يحتمله كلامه.

وقد روىٰ معلىٰ عن أبي يوسف فيمن قال لعبده: أنت مولىٰ فلان، [أو معتق فلان] أنه يعتق في القضاء؛ وذلك لأنه يصفه بالحرية من جهة غيره، فاقتضىٰ ذلك صحة الصفة، وهذا لا يكون إلا وفلان كان مالكاً فأعتقه.

قال: فإن قال له أعتقك فلان، فليس بشيء؛ لأنه أضاف العتق إلىٰ من ليس

بمالك في الظاهر، فلا يقع به شيء.

١٩٨٧ ـ فَصْل: [إضافة الحرية إلى جزء من أجزاء البدن]

قال أبو الحسن: وكذلك إن قال: رأسك حرٌّ، أو بَدَنك حُرٌّ، والأصل في هذا: أنه إذا أضاف الحرية إلى الرقبة أو إلى ما يعبر به عنها وقع العتق، وكذلك إن أضافه إلى [جزءٍ شائع] (١) وقع على ذلك [الجزء]، وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة لم يعتق، والكلام في هذه المسألة قد قدمناه في الطلاق (٢) [١٩٩/ب].



(١) في ب (حر سامع) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥/٦٦ (دار ابن حزم)؛ مختصر القدوري ص ٤٢١.

بَابُ
اللفظ الذي لا يقع به الحرية إلا أن يريدها

قال الشيخ: قد بَيّنّا في الباب الأول صريح العتق، وهذا الباب يتضمن بيان الكناية.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال لعبده: لا سبيل لي عليك، فإن نوى العتق فهو حر، وإن لم ينوِ فهو رقيق؛ وذلك لأن المولى قد يقول لعبده: لا سبيل لي عليك باللوم والعقوبة؛ لأنك وفيت بالخدمة وفعلت ما أمرتك، وقد يقول: لا سبيل لي عليك؛ لأني كاتبتك فزالت يدي عنك، ولا سبيل لي عليك لأني أعتقتك، فإذا احتمل اللفظ العتق وغيره لم يقع العتق إلّا بالنية.

وكذلك إذا قال: لا ملك لي عليك؛ لأنه يحتمل لأني بعتك، أو لأني أعتقتك، فلا يقع أحدهما إلا بالنّيّة.

وكذلك: خَرجتَ من مِلكي، يحتمل البيع والعتق، وكذلك إذا قال: قد خليت سبيلك؛ لأنه يحتمل خليت سبيلك فلا أستخدمك، ويحتمل أعتقتك[1].

قال محمد: فإن قال: لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء، فهو حُرٌّ في القضاء ولا يصدق [أنه أراد][2] غير العتق؛ لأنه نفى كل سبيل وأثبت الولاء، وذلك لا يكون إلا بعد الحرية.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٢١، ٤٢٢.

(٢) في ب الكتابة غير واضحة، والمثبت من أ.



قال: فإن قال: إلا سبيل الموالاة دُيِّنَ في القضاء؛ لأن إطلاق الموالاة تقتضي الموالاة في الدين، وإن جاز أن يعبَّر بها عن ولاء العتق.

١٩٨٨ ـ فَصْل: [في وصفه بالحرية]

قال ابن سماعة عن محمد: إذا قال لمملوكه: نسبك حر أو أصلك حُرٌّ، [أو أبواك]، فإن كان يعلم أنه سبي لا يعتق؛ لأن المسبي لنسبه حر وأبواه حران فهو صادق في قوله، وإن لم يكن سبي فهو حر؛ لأن حرية الأبوين تقتضي حرية الولد إلا أن يطرأ الرق، والرِّقُّ إنما يطرأ بالسبي، وليس بمسبي فلم يبق إلا أنه وصفه بالحرية.

١٩٨٩ ـ فَصْل: [في وصفه بما يحتمل الحرية]

قال أبو يوسف: إذا قال لعبده: أنت لله، لم يعتق في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: إن نوىٰ العتق عتق.

وجه قول أبي حنيفة: أنه موصوف بهذه الصفة قبل العتق وبعده علىٰ وجه واحد، والعتق إنما يقع بالصفة التي لا يوصف بها المملوك، فأما ما يوصف بها فلا يقع، كقوله: أنت أسود أو طويل.

وجه قول أبي يوسف: أن العتق يقع لله، فإذا قال: أنت لله، فقد ذكر ما يحتمل الحرية ونواها فيقع.

١٩٩٠ ـ فَصْل: [في عبارات تتضمن معنىٰ القربة]

ولو قال: أنت عبد الله، ونوىٰ العتق لم يعتق عند أبي حنيفة وأبي يوسف،

أما أبو حنيفة فقوله ظاهر ؛ لأن العبد يوصف بهذه الصفة قبل العتق وبعده ، وأما أبو يوسف فقال: إذا قال: أنت لله ، فهذه اللفظة تستعمل فيما [جعل للقُربة][1]، وهذا يتضمن معنىٰ العتق ، فأما قوله: أنت عبد الله ، فلا يتضمن معنىٰ القربة ، فلذلك لم يقع به العتق .

قال معلىٰ: قال أبو يوسف: إذا قال قد جعلتك لله ، في صحته أو في [٢٠٠/أ] مرضه ، وقال: لم أنوِ العتق ، أو لم يقل شيئاً حتىٰ مات فإنه يباع ، فإن نوىٰ العتق فهو حر ، وإن قال هذا في مرضه فمات قبل أن [يُبيِّن][2] فهو عبد أيضاً ؛ وذلك لأنه يحتمل أن يريد بهذا اللفظ النذر ويحتمل العتق ، فلا يقع أحدهما إلا بنية ، ولا يجوز أن يلزم الورثة بعد الموت الصدقة ؛ لأن النذر يسقط بالموت عندنا .

١٩٩١ ـ فَصل: [عبارات لا تصلح للعتق]

وقال الفضل بن غانم عن أبي يوسف فيمن قال لأَمَتِه: قد أطلقتكِ ، يريد العتق ، قال: تعتق ؛ لأن الإطلاق يقتضي زوال اليد ، وقد يزيل المولىٰ يده عن عبده بالعتق وبغيره ، فإذا نوىٰ العتق عتق به ، قال: وإن قال: [قد] طلقتك ، يريد العتق لم يكن عتقاً ، وهذا من مسائل الباب الذي يلي هذا الباب ، وهو ما لا يصلح للعتق وإن نوىٰ به .

قال: فإن قال: فرجك عليّ حرام ، يريد العتق لم يكن عتقاً ؛ لأن الرق يجتمع مع التحريم ، ألا ترىٰ أنه يشتري أخته من الرضاعة ، وجارية قد وطئ أمها أو بنتها[3]، فلم يكن في التحريم دلالة علىٰ العتق .

---

(١) في ب [حمل القربة] والمثبت من أ.

(٢) في ب (يميز) والمثبت من أ.

(٣) في أ (وطئها أبو أو ابنه).

وروىٰ ابن سماعة عن محمد عن أبي يوسف في نوادره فيمن قال لعبده: أ ن ت ح ر ، أو قال لزوجته: أ ن ت ط ا ل ق ، فتهجأ ذلك هِجاءً ، قال: إن نوىٰ به العتق والطلاق وقع ؛ لأن هذه [الحروف] يفهم منها ما هي عبارة عنه كالكلام ، إلا أنهم لم يجعلوها صريحاً ؛ لأنها لم توضع للمعنىٰ وإن أرادوا به[1] فصار كالكتابة المفيدة للمعنىٰ ، وإن لم توضع [له] ، فتقف علىٰ النيَّةِ[2].

---

(١) في ب (أفادته) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥/٦٥ ، ٦٦.



بَابُ
ما لا يقع به الحرية وإن نوى

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا قال لعبده: يدك حر، أو ساقك حُرٌّ، أو رجلك حُرٌّ، أو شعرك حُرٌّ، (فإن نوىٰ لا يعتق وإن أراد العتق)[1]، وهذا قد بيناه وذكرنا أنه إذا أضاف العتق إلىٰ جزء معين لا يعبر به عن الجملة لا يعتق، كما إذا أضاف [إليه] الطلاق لم تطلق، ويجوز أن يقال: فكل ما لو أضاف إليه البيع لا يصح، إذا أضاف إليه العتق لم يقع علىٰ الجملة، وأما إذا أضاف إليه البيع كان بائعاً للجملة، إذا أضاف إليه العتق وقع.

١٩٩٢ـ فَصْل: [نفي السلطان في العتق]

قال في الأصل: إذا قال: لا سلطان لي عليك، ونوىٰ العتق لم يعتق[2]؛ وذلك لأن نفي السلطان قد يجتمع مع الرق في المكاتب، فلم يفد ذلك الحرية، وليس كذلك السبيل؛ [لأنه لا ينتفي][3] مع الرق، ألا ترىٰ أن للمولىٰ علىٰ مكاتبه سبيل في المطالبة بمال الكتابة.

١٩٩٣ـ فَصْل: [نفي اليد في العتق]

قال محمد: فإن قال لعبده: اذهب حيث شئت، أو توجه أين شئت من بلاد

(١) في أ (فإنه لا يعتق وإن أراد به العتق).
(٢) انظر: الأصل ٥/٦٦.
(٣) في ب (فإنه لا ينبغي) والمثبت من أ.



الله، يريد به العتق لم يعتق؛ وذلك لأنه رفع يده عنه، ورفع اليد لا ينافي الرق كالمكاتب.

١٩٩٤ ـ فَصْل: [وقوع العتق بكناية الطلاق]

ولو قال لعبده: قد بنتَ مني، أو كانت أمَةً فقال لها: أنتِ طالق، أو قد بنتِ مني، أو حرّمتك، أو أنتِ خلية، أو بريّة، أو بتة، [٢٠٠/ب] أو اخرجي، [أو اعتدي][1]، أو استبرئي، أو تقنّعي، أو اختاري، فاختارت وهو ينوي العتق، فذلك [كله] باطل[2]، وقال الشافعي: إذا نوىٰ بالطلاق (الحرية وقعت)[3].

لنا: أن ما (لا يملك بلفظ النكاح لا يزول)[4] الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الأعيان، ولأن الطلاق في الموضع الذي جعل صريحاً لا يزيل الملك بنفسه، ففي الموضع الذي جعل كناية أولىٰ [أن لا يزيل]، وإذا ثبت أن العتق لا يقع بلفظ الطلاق الصريح، فكذلك كناية الطلاق، وكذلك ألفاظ التحريم؛ لأن التحريم يجتمع مع الرق.

١٩٩٥ ـ فَصْل: [هل التشبيه يقتضي المشاركة في الحكم؟]

قال محمد: إذا قال لعبده: رأسكَ رأس حُرٍّ، أو بدنكَ بدنُ حر، أو فرجكَ فرج حر، لم يعتق؛ وذلك لأن هذا تشبيه، والشيء إذا شُبِّه بالشيء لم يقتض مشاركته في كل صفاته، فلا يعتق.

---

(١) في ب مكانه (أو اعزلي) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥/٦٦.

(٣) في أ (العتق وقع).

(٤) في أ (ما لا يملكه... لا يزيل الملك عنه).

قال: ولو نوَّن فقال: رأسك رأس حر، أو بدنك بدن حر، أو فرجك فرج حر فهو حر؛ وذلك لأن هذه صفة وليس بتشبيه، ومتىٰ وصف العبد أو بما يعبر به عن جملته بالحرية، [وقعت].

١٩٩٦ـ فَصلُ: [الإثبات يقتضي العتق]

وقال في الأصل: إذا قال: ما أنت إلا مثل الحر، أو أنت مثل الحر، لم يعتق في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأن هذا تشبيه، وقد بينا أن التشبيه لا يقتضي المشاركة في كل الصفات، وليس كذلك إذا قال: ما أنت إلا حر؛ لأنه نفي وإثبات، وهذا تأكيد للإثبات كقولهم: لا إله إلا الله، وإثبات الحرية يقتضي العتق.

وقد روىٰ مُعَلَّىٰ عن أبي يوسف فيمن قال: كُلُّ مالي حر، وله عبيد لم يعتقوا؛ لأن المال لا يوصف بالحرية التي هي العتق، فلما جمع بين العبيد وغيرهم من الأموال عُلِمَ أنه أراد الحرية التي يوصف الجميع بها، وذلك إسقاط حق الغير عنه وزوال اعتراضه فيه [1].



(١) انظر: الأصل ٥/٦٦.



بَابُ
العتق بدعوى النسب

قال الشيخ رحمه الله: الأصل في الباب أن من وصَفَ مملوكه بصفة من يعتق عليه إذا ملكه فهو على وجهين:

أحدهما الصفة: مثل أن يقول: هذا ابني أو هذه ابنتي، [أو أمي] أو هذا عمي أو أبي أو خالي [أو أخي]، فإنه يعتق في رواية الحسن في جميع ذلك، وقال في الأصل: يعتق في جميعها إلا في قوله: هذا أخي وهذه أختي فإنه لا يعتق[1]، وإنما عتق بهذه الصفات؛ لأن قوله: هذا ابني، يقتضي الحرية، ومَنْ وصف مملوكه بصفة الحرية عتق عليه، ولأنه لم يبح في الشريعة (استعمال)[2] لفظ الأُبُوَّة والبُنُوَّة على وجه الإكرام، فلم يبق إلا أن يكون حقق الصفة فيعتق، فأما إذا قال: هذا أخي، فإنه يعتق في رواية الحسن؛ لأنه وصفه بصفة مَنْ يعتق عليه على طريق التحقيق فصار كقوله: هذا خالي أو عمي.

وجه [٢٠١/أ] رواية الأصل: أن هذه اللفظة قد أبيح استعمالها في الشريعة على طريق [التحقيق][3] والإكرام، قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ [الأحزاب: ٥]، وإذا أبيحت هذه اللفظة احتمل أن يكون أراد الإكرام، فلم يقع بها العتق.

---

(١) انظر: الأصل ٥/٦٧.

(٢) في أ (اشتمال).

(٣) في ب (التحفي) والمثبت من أ.



وأما القسم الثاني: فهو أن يذكر الصفة على وجه النداء، فلا يعتق في جميع الأوصاف إلا في قوله: يا مولاي، ويا مولاتي، ويا حر؛ وذلك لأن هذه الألفاظ تستعمل في النداء على طريق الإكرام في الغالب، ولا يراد بها [التحقيق][1]، فلم تحمل على العتق من غير نية، فأما إذا قال: يا مولاي، عتق عندنا، وقال زفر: لا يعتق[2].

لنا: أن [هذه اللفظة][3] لا تستعمل مع العبد على طريق الإكرام في العادة، فصار كقوله: هذا مولاي.

وجه قول زفر: أنه تستعمل [هذه اللفظة] على طريق التعظيم، [فصار] كقوله: يا سيدي، فأما إذا قال: يا مالكي ويا سيدي لم يعتق[4].

قال محمد: لأنا إنما أعتقناه في قوله: يا مولاي؛ لأجل الولاء لأجل الملك، وهذا صحيح؛ لأن قوله: يا سيدي ويا مالكي، يذكر على التعظيم فلا يقع به الحرية، فأما إذا قال: يا حُرُّ، فإنه صرح بالحرية؛ وذلك لأنه لا يذكر على طريق الإكرام، وإنما يذكر على وجه الصفة، وقال عَمرو: قال محمد: إلا أن يكون اسم العبد حرًا يُعرف بذلك فلا يعتق؛ لأن النداء يحمل على الاسم دون الصفة.

١٩٩٧ ـ **فَصْل**: [في قول من لا يولد لمثله هذا ابني]

قال أبو حنيفة: إذا قال لعبده: هذا ابني، ومثله لا يولد لمثله، أو قال: هذا

(١) في ب (التحفي) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥/٦٥، ٦٦.

(٣) في ب (هذا اللفظ) والمثبت من أ.

(٤) في أ (ويا مالكي، لا يعتق) فقط.



أبي، ومثله لا يلد مثله عتق [عليه]، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق، وهو قول أبي حنيفة الأول، وأما إذا قال لمعروف النسب: هذا ابني، [فإنه يعتق في قولهم][1]، (أو قال لجاريته: هذه أمي، وله أم معروفة فإنه يعتق الجارية في قولهم)[2].

وجه قول أبي حنيفة: أن قوله: هذا ابني، يتضمن حرية مُوْقَعَة مع النسب، وكل واحد من الأمرين ينفرد عن الآخر، ألا ترىٰ أن المأذون (يشتري ابنه ولا يعتق)[3]، والأجنبي يعتق عبده ولا نسب بينهما، وإذا أَقَرَّ بما يتضمن الأمرين وأحدهما ينفرد علىٰ الآخر، صار كأنه قال: هذا ابني وهو حر، ولأن الحرية المضمنة بالنسب يجوز أن يثبت وإن لم يثبت النسب، كمن قال لمعروف النسب: هذا ابني، ولا يلزم إذا قال لامرأته ومثله لا يلد مثلها: هذه بنتي، أن الفرقة لا تقع؛ وذلك لأن هذا الإقرار لا يتضمن فرقة موقعة، وإنما يقتضي نفي النكاح لأجل النسب، وإذا لم يثبت النسب لم يتعلق به حكم الفرقة.

يبيّن الفرق بينهما: أنه لو قال لزوجته وهي معروفة النسب: هذه ابنتي، لم تقع الفرقة، وبمثله يقع العتق، وإنما افترقا لما قدمنا.

وكذلك لو [٢٠١/ب] قال لزوجته ومثله يلد مثلها: هذه بنتي، ثم قال وهمت[4] أو أخطأت، لم تقع الفرقة، ولو قال لعبده: هذا ابني، ثم قال: وهمت وأخطأت وقع العتق لما بينا.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ. وما بعدها بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥/٦٧.

(٣) في أ (يشتري أمه فلا تعتق).

(٤) في أ (أوهمت) في الموضعين.



وجه قولهما: أنه أقر بالنسب، والحرية من أحكامه، وقد علمنا أنه كذب في النسب، فلا تثبت الحرية بحكمه، كما لو قال لزوجته وهي أكبر منه: هذه ابنتي، [قالا]: وليس كذلك المعروف النسب؛ لأنه يجوز أن تكون ابنته من الزنا، ومن يملك ابنة من الزنا عتقت عليه، فكأنما قالا: البُنُوَّة مستحيلة، **والعتق** لا يثبت بحكمها، وما لم يكن مستحيلاً في الصورة وإنما يستحيل حكماً **يثبت** به العتق، وهذا الفرق ليس بصحيح؛ لأنهم قالوا في النكاح: إذا قال لمعروفة النسب: هذه ابنتي، لم تقع الفرقة، وإن كان لا يجوز أن يتزوج بابنته من **الزنا**.





بَابُ التدبير

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: التدبير: أن يستحق العبد العتق بموت مالكه، علىٰ أيّ وجه مات وبأيّ سبب مات.

قال الشيخ ﷺ: الأصل في هذا أن التدبير مأخوذ من العتق الواقع عن دُبُر من الإنسان، وحقيقته: أن يعلق عتق مملوكه بموته علىٰ الإطلاق.

والأصل في جواز التدبير: أنه عتق معلق بشرط، فصار كتعليقه بدخول الدار، ولأن الموت يؤثر في زوال الملك، والتدبير يمنع من دخول المدبر في ملك الورثة فهو كالوصايا، وأما إذا عَلَّقَ العتق بموت بصفة أو بموت ومعنىٰ آخر فليس بمدبر؛ لأن التدبير فرع الاستيلاد، والاستيلاد يتعلق العتق فيه بالموت [علىٰ الإطلاق] (١)، ولأنه لم يقصد إيجاب القربة في الحال، ألا ترىٰ أن من أراد القربة لم يخصها بموت من مرض دون مرض أو بالموت وبمعنىٰ آخر، فصار ذلك صريح العتق المعلق بالشرط، وإذا وجد الموت بالصفة التي شرطها عتق ولم يكن مدبراً، فأما إذا أطلق التعليق بالموت فقد قصد إيجاب القربة في الحال، فيثبت حكم الحرية وتعلق الولاء بها؛ فلذلك لم يجز التصرف فيه.

١٩٩٨ ـ فَصْل: [في ألفاظ التدبير]

والتدبير يقع بصريح اللفظ، مثل أن يقول: دبرتك، ويقع بلفظ اليمين، مثل

---

(١) في ب (كالإطلاق) والمثبت من أ.



أن يقول: إن مِتُّ فأنت حر، وبلفظ الوصية التي توجب له رقبته أو بعضها، فأما قوله: أنت مدبر وقد دبرتك، فهو الصريح فيجري مجرىٰ قوله: أنت حر في العتق، وأما لفظ اليمين؛ فلأنه علق الحرية بالموت مطلقاً، وهذا معنىٰ التدبير، وأما إذا أوصىٰ له برقبته أو بوصية تستحق من جملتها رقبته أو بعضها؛ فلأن العبد لا يملك رقبة نفسه، والوصية تقتضي زوال ملك الموصي وانتقاله إلىٰ الموصىٰ له، وذلك في العبد حرية[1] مثل أن يقول له: بعتك نفسك، أو وهبتك [٢٠٢/أ] لك. وقد قالوا في لفظ اليمين أنها قوله: إن مت فأنت حر، أو متىٰ مت، أو إن حدث بي حدث، أو متىٰ ما حدث بي حدث، أو إذا حدث بي حدث؛ وذلك لأن هذه ألفاظ[2] الشروط، وقد علق العتق بالموت، وكذلك إن قال: أنت حر بعد موتي؛ لأنه علق الحرية بالموت مطلقاً، وكذلك إن قال: قد دبرتك بعد موتي؛ لأن هذا صريح العتق عن دُبُرٍ.

وكذلك إذا قال: أعتقتك بعد موتي؛ لأنه علق الحرية بالموت، وكذلك: أنت حر مع موتي؛ لأن (مع) تقتضي المقارنة، والشروط لا بد من تقدمها[3]، فكأنه قال: بعد موتي، وكذلك إذا قال: عند موتي؛ لأنه علق العتق بالموت، فلا بد من وجوده أولاً، وكذلك: في موتي؛ لأن حرف الظرف إذا دخل علىٰ الفعل جعله شرطاً، وكذلك إن ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك؛ لأن الجميع بمعنىٰ واحد.

وقالوا في لفظة الوصية إذا قال: أوصيت لك بعتقك أو برقبتك أو بنفسك،

(١) في أ (حرمة).
(٢) في أ (الألفاظ شروط).
(٣) في أ (تقديمها).

فهذا كله تدبير ؛ لأن هذا يعبر به عن الجملة ، وقد قلنا إن الوصية له برقبته عتق ، وكذلك إن قال: أوصيت لك بثلث مالي ؛ لأن الرقبة من جملة المال ، فقد [صار مُوصيًا له][1] بثلثها ، وهذا عتق تعلق[2] بالموت[3].

وقال بشر عن أبي يوسف: فيمن أوصىٰ لعبده بسهم من ماله قال: يعتق بعد موته ، ولو أوصىٰ له بجزء من ماله (لم يعتق ، والفرق بينهما: أن السهم عبارة عن السدس ، فإذا أوصىٰ له بسدس ماله)[4] ، دخل سدس الرقبة في الوصية ، فاستحق عتق جزء من رقبته ، فأما إذا أوصىٰ بجزء [من ماله] فالخيار إلىٰ الورثة ولهم التعيين فيما شاؤوا ، فلم تتضمن الوصية الرقبة لا محالة ، فلم يكن مدبراً ، وإذا صَحَّ التدبير لم يجز بيع المدبر ولا هبته ولا إخراجه من ملك المولىٰ إلا إلىٰ الحرية ، وقال الشافعي: يجوز بيعه.

لنا: ما روىٰ أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال في المدبر: «**لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث**»[5] ، وروي امتناع بيع المدبر عن زيد وابن عمر[6] ؛ ولأنه حق حرّيه أوجب اسماً [خاصًا][7] فمنع البيع كالاستيلاد

(١) في ب (صارت موصىٰ) والمثبت من أ.

(٢) في أ (معلق).

(٣) انظر: الأصل ٥/١٦٨.

(٤) ساقطة من أ.

(٥) الحديث أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ١٠/٤١٣ ؛ والدارقطني في السنن وقال: «لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف ، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله» ٤/١٤٨ ، ونقل ابن حجر قول الدارقطني في الدراية ٢/٨٧.

(٦) انظر: مصنف عبد الرزاق ٩/١٤٨ ؛ مصنف ابن أبي شيبة ٤/٣١٣ ؛ والسنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠/٣١٥.

(٧) في ب (مطلقًا) والمثبت من أ.

والكتابة، ولأن القول يوجب الحرية، فجاز أن يوجب حق حرية لا يلحقه الفسخ كالفعل، ألا ترىٰ أن السبي يوجب الحرية فيمن سبىٰ أباه أو ابنه، ثم أَوْجَبُ حق حريةٍ لا ينفسخ وهو الاستيلاد، وإذا ثبت أنه لا يجوز بيعه ولا [تمليكه][1]، قلنا: كل تصرف يجوز أن يقع في الحر يجوز في المدبر، مثل الإجارة والاستخدام والوطء في الأمَة؛ وذلك لأن حق الحرية لا يكون بأكثر من الحرية، فإذا لم يمنع الحرية هذا التصرف فحقها أولىٰ، وكل تصرف لا يجوز في الحر لا يجوز في المدبر إلا الكتابة، وهذا كالبيع والهبة والرهن، فأما البيع والوصية فقد دللنا عليها، وأما الرهن فلأن المقصود منه الاستيفاء، وما لا يجوز [٢٠٢/ب] بيعه لا يمكن الاستيفاء منه، وقد قالوا: إن المولىٰ يزوج المدبرة بغير رضاها؛ لأن [له] وطئها، فلأن التدبير يقتضي حرية مؤجلة، فإذا كاتبه علىٰ ملكه، ومثل هذا التصرف يجوز في الحرية.

١٩٩٩ـ فَصْل: [في كتابة المُدبَّر]

فأما جواز الكتابة فلأن التدبير يقتضي حرية مؤجلة، فإذا كاتبه فيريد أن يعجل الحرية، والمولىٰ يملك تعجيل الحرية المؤجلة كما يملك عتق أم ولده.

٢٠٠٠ـ فَصْل: [زوال ملك المولىٰ عن المدبر بغير الموت]

وإذا ثبت أن التدبير عتق يتعلق بموت المولىٰ، قلنا: إذا زال ملك المولىٰ عنه بغير الموت عتق، وهذا مثل أن يَرْتَدَّ ويلحق بدار الحرب، فيحكم الحاكم بلحاقه؛ وذلك لأن هذا قد أجري مجرىٰ الموت في زوال الأملاك وانتقالها إلىٰ الورثة، فكذلك في عتق المدبرة، وكذلك المستأمن إذا اشترىٰ في دار الإسلام

(١) في ب (يملكه) والمثبت من أ.

عبداً فدبَّره ولحق بدار الحرب واسترق عتق مدبره؛ لأن الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكماً فهو كالموت.

٢٠٠١ـ فَصْل: [في التدبير بالعتق المعلق]

فأما العتق [المعلّق][١] بالموت من وجه دون وجه، مثل أن يقول: إن مِتُّ في سفري أو مرض كذا، أو إن غرقت أو قتلت، أو تعلق العتق بموته وبشرط آخر، مثل أن يقول: إن مت وفلان، فهذا ليس بمدبَّر؛ لما بينا: أن عتقه لم يتعلق بموت مطلق، فيجوز بيعه وهبته، والتصرف فيه، كما يجوز في الذي علق عتقه بدخول الدار.

٢٠٠٢ـ فَصْل: [في عتق المدبر من الثلث]

وعتق المدبر المطلق والمقيد [من الثلث][٢]، وروي عن ابن مسعود والنخعي وحماد أنهم قالوا: أعتقهم من جميع المال، وقال سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين [يعتق من الثلث][٣]؛ لما روى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**المدبر من الثلث**»[٤]، ولأنه عتق علق بموته، وما علق بالموت من التبرع فهو من الثلث، كسائر الوصايا.

---

(١) في ب (المتعلق) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الثلاث) والمثبت من أ.

(٣) في ب (من الثلاث) والمثبت من أ.

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٤) ونقل عن ابن أبي شيبة قوله: «هذا خطأ، يعني: (الحديث)، قال أبو عبد الله: ليس له أصل»؛ والبيهقي في الكبرى وقال: «... وعن علي بن ظبيا مرفوعًا، والصحيح موقوف كما رواه الشافعي ﷺ، وروى ذلك من وجه آخر مرسلاً عن النبي ﷺ» ١٠/٣١٤؛ والطبراني في الكبير ١٢/٣٦٧؛ نصب الراية ٣/٢٨٤.

٢٠٠٣ـ فَصْل: [في اكتساب المدبرة ومهرها]

وقد قالوا: إن اكتساب المدبَّرة ومهرها وأرشها للمولىٰ؛ لأنها باقية علىٰ ملكه، وإنما تستحق الحرية عند وجود الشرط، فما قبل الشرط هي كالأمة.

٢٠٠٤ـ فَصْل: [في سريان التدبير في أولاد المدبَّرة]

وولد المدبرة بمنزلتها؛ لإجماع [الصحابة]، روي عن ابن مسعود أنه قال: ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها(١).

وخوصم إلىٰ عثمان في أولاد مدبرة، فقضىٰ أن ما ولدته قبل التدبير عبدٌ، وما ولدته بعد التدبير مدبّر، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف، وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاووس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة، ولا يعرف في السلف خلاف ذلك، وإنما قال به بعض أصحاب الشافعي فلا يعتد بقولهم علىٰ الإجماع؛ ولأن حريتها متعلقة بموت المولىٰ علىٰ الإطلاق، فيسري حق الحرية إلىٰ ولدها كأم الولد(٢).

٢٠٠٥ـ فَصْل: [في ولاء المدبّر]

وقد قالوا: [٢٠٣/أ] إن ولاء المدبر بالتدبير لمدبره، لا ينتقل عنه وإن عتق من جهة غيره؛ لأن حق الحرية عندنا ثابت في الحال، وحق الحرية يثبت بالولاء والولاء لا ينفسخ، وإنما يتصور العتق من جهة غير المدبِّر في مدبرة بين شريكين

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٣١٥/١٠؛ والدراقطني في السنن ١٣٧/٤؛ وعبد الرزاق في مصنفه ١٤٤/٩، جمعيهم عن ابن عمر ﷺ.

(٢) انظر: الأصل ١٧٢/٥، ١٧٣.

جاءت بولد، فادّعاه أحدهما، ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم نصيب شريكه منه، والولاء بينهما، وكذلك مدبر بين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر، فضمن عتق بالضمان ولم يتغير الولاء عن الشركة، وعلىٰ قول أبي يوسف ومحمد: إذا أعتق أحدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما[1].

٢٠٠٦ـ فَصْل: [في التدبير بالمال]

وقد قالوا: إن التدبير عتق موقع عند الشرط، فيعتبر فيه ما يعتبر في الشروط، فإن قال: أنت مدبر علىٰ ألف فقبل، فهو مدبّر والمال ساقط؛ لأن التدبير موقوف علىٰ قبول المال، [والمدبَّر][2] علىٰ ملك المولىٰ، فلا يجوز أن يلزمه دين، له فسقط المال.

٢٠٠٧ـ فَصْل: [تعليق العتق بالموت مع شرط آخر]

فإن علق عتقه بموته مع شرط آخر، مثل أن يقول: إن مت وفلان، فإن مات المولىٰ أولاً لم يعتق وإن مات الآخر بعد ذلك؛ لأن موت المولىٰ أحد الشرطين فلا يعتق به، فينتقل الملك إلىٰ الورثة، فيوجد الشرط الثاني ولا ملك للمعتق فلا يقع[3] العتق، فإن مات فلان أولاً فقد صار مدبراً؛ لأن عتقه تعلق بموت المولىٰ علىٰ الإطلاق[4].

---

(١) انظر: المصدر السابق ٥/١٧٥.

(٢) في ب (والتدبير) والمثبت من أ.

(٣) في أ (فلا يعتق).

(٤) انظر: الأصل ٥/١٧٠.

٢٠٠٨ ـ فَصْل: [الحالات التي لا يكون العبد فيها مدبرًا]

قال أبو يوسف: إذا قال: أنت حر إن مت أو قتلت، فليس بمدبر، وقال زفر: هو مدبر.

وجه قول أبي يوسف: أنه علق العتق بأحد أمرين، فصار كأنه قال: إن مت أو مات زيد.

وجه قول زفر: أنه [علّق عتقه بالموت](١) لا محالة، ومن تعلق عتقه بالموت بكل حال، فهو مدبر.

٢٠٠٩ ـ فَصْل: [تعليق العتق بالموت والتكفين]

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: إذا قال: إن مت ودفنت، أو غسلت، أو كفنت فأنت حر، فليس بمدبر، فإن مات وهو في ملكه استحسنت أن يعتق من الثلث؛ وذلك لأنه علق العتق بالموت وبمعنىٰ آخر، والتدبير تعليق العتق بالموت علىٰ الإطلاق، فإذا مات فالقياس أن لا يعتق كما لو قال: إذا مت فدخلتَ الدار فأنتَ حر، لكنه استحسن فقال: يعتق من الثلث؛ لأنه علق العتق بالموت، وبصفة توجد عند الموت قبل استقرار ملك الورثة، فصار كما لو علقه بموت بصفة، وليس كذلك إذا قال: إن مت ودخلت الدار؛ لأن دخول الدار ليس له تعلّق بالموت، فصارت هذه يمينًا، فتبطل بالموت كسائر الأيمان.

وقال محمد في الأصل: إذا قال: أنت حر بعد موتي إن شئت الساعة، فشاء العبد في ساعته، فهو حر بعد موت المولىٰ من الثلث؛ لأنه علق التدبير بشرط وهو المشيئة، وقد وجد [٢٠٣/ب] الشرط فصار مدبراً.

(١) في ب (علقه بالموت) والمثبت من أ.

قال: فإن كان ينوي بالمشيئة بعد الموت، فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى؛ وذلك لأنه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت، فإذا وجد قبل ذلك لم يتعلق به حكم[1].

قال: فإن مات المولى فشاء عند موته عَتَقَ من الثلث بغير تدبير؛ وذلك لأن العتق لم يتعلّق بمجرد الموت، فإذا شاء فقد تم الشرط فصار ذلك في حكم الوصايا، وكان أبو بكر الرازي يقول: يجب أن لا يعتق حتى يعتقه الورثة؛ لأن العتق لم يتعلق بالموت، وإنما تعلق بمعنى بعده، فصار كالوصية بالعتق، [فلا يعتق إلّا أن يعتق].

وقد روى ابن سماعة وعيسى وأبو سليمان عن محمد: فيمن قال لرجل إذا متّ فأعتق عبدي هذا إن شئت، أو قال: إن مت فأَمْر عبدي بيدك، ثمّ مات، فشاء في المجلس أو بعد المجلس، فله أن يعتقه؛ لأن هذا وصية بالعتق][2] والوصايا لا يعتبر فيها القبول في المجلس.

قال: وكذلك إن قال: عبدي هذا حر بعد موتي إن [شئت][3]، فقام من [مجلسه] بعد موته ثم شاء، فقد وجبت الوصية ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة، أو الوصيّ أو القاضي، وهذا يصحح[4] ما قاله أبو بكر الرازي: إن العتق إذا تعلق بالموت وبشرط آخر فوُجدا، فلا بد من الإعتاق.

قال: وكذلك لو قال لعبده: أنت حر إن شئت بعد موتي فمات المولى،

(١) انظر: الأصل ٥/١٧٠.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، وزيدت من أ.

(٣) في ب (شاء) والمثبت من أ.

(٤) في أ (تصحيح لما قاله).

وقام العبد من مجلسه الذي علم فيه بموت المولىٰ، أو أخذ في عمل آخر، فإن ذلك لا يبطل شيئاً مما جعل إليه؛ لما بينا أن هذه وصية وليس بتمليك، والوصية لا يقف قبولها علىٰ المجلس.

وروىٰ بشر عن أبي يوسف فيمن قال لعبده: أنت حر بعد موتي بشهر، فليس بمدبر ولا يعتق إلا أن يُعْتَقَ، وهذا لما بينا[1].

قال ابن سماعة عن محمد: القياس أن يكون باطلاً، ألا ترىٰ أنه لو جنىٰ قبل شهر دُفع بالجناية، ولو لحقه دَينٌ بِيع فيه؛ وهذا صحيح لأنه لما علق العتق بمضي شهر بعد الموت انتقل الملك منه إلىٰ الورثة، فلم يجز أن يعتق بوجود الزمان، إلا أنهم استحسنوا فجعلوه وصية بالعتق متعلقة بصفة، فإن قال: أنت حر قبل موتي بشهر، فليس بمدبر؛ لأنه لا يعلم وجود هذه الصفة، وهو زمان يوصف أنه قبل موته بشهر، فإذا مضىٰ شهر قبل موت المولىٰ وهو في ملكه، فهو مدبَّر عند أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بمدبر.

وجه قول أبي حنيفة: أن الزمان لما وجد صار عند مضيه كمن قال: أنت حر بعد موتي.

وجه قولهما: أنه لم[2] تعلق الحرية بالموت علىٰ الإطلاق، فصار كقوله: إن مت اليوم.

٢٠١٠ ـ فَصل: [تعليق العتق بالموت إلىٰ سنة]

روىٰ الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال: إن مت إلىٰ سنة أو إلىٰ سنتين[3]

(١) انظر: الأصل ٥/١٧٠.
(٢) في أ (ما).
(٣) في أ (أو عشرين سنة).

فأنت حر، فليس بمدبر؛ لأنه علق العتق بموت بصفة يجوز أن توجد ويجوز أن لا توجد، فإن قال: إن مت إلىٰ مائة سنة[1]، ومثله لا يعيش إلىٰ ذلك في الغالب فهو مدبر [الساعة]؛ لأنه علق عتقه (بموت يوجد)[2] لا محالة، وقال هشام عن محمد: إذا قال: أنت مدبر [٢٠٤/أ] بعد موتي، فهو مدبر الساعة؛ لأن المدبَّر من عتق عن دبر منه، فكأنّه قال: أنت حر بعد موتي[3].

٢٠١١ـ فَصْل: [وقت قبول التدبير]

قال في الجامع الصغير: إذا قال: أنت حُرٌّ بعد موتي علىٰ ألف، فالقبول بعد الموت[4].

وروىٰ بشر عن أبي يوسف في نوادره فيمن قال لعبده: أنت مدبر علىٰ ألف، قال أبو حنيفة: ليس له القبول الساعة، وله أن يبيعه قَبِل أو لم يقبل، فإن مات وهو في ملكه وقال: قد قبلت، أدىٰ الألف وعتق، وهي رواية عمرو عن محمد.

وقال أبو يوسف: إن لم يقبل حتىٰ مات، ليس له أن يقبل.

وجه قولهما: أنه أوجب له حرية بعد الموت، فوجب أن يكون القبول في حال الإيجاب، ولأنه أجري مجرىٰ الوصايا؛ بدلالة اعتباره من الثلث، وقبول الوصايا بعد الموت.

---

(١) في أ (إلىٰ سنة) فقط.

(٢) في أ (بموته).

(٣) انظر: الأصل ٥/١٧٠.

(٤) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥٦١.

وجه قول أبي يوسف: أنه أوجب له في الحال عتقاً بعوض، فالقبول في المجلس وإن كان العتق يتأخر كقوله: إن شئت فأنت حر [عند] رأس الشهر.

٢٠١٢ - فَصل: [تعليق الحرية بالتمليك]

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي، فما في ملكه مدَبَّر، وما [يستفيده][١] يعتق من الثلث بغير تدبير، وقال أبو يوسف: لا يدخل فيه ما يستفيده[٢].

وجه قولهما: أن التدبير وصية بدلالة اعتباره من الثلث، والوصية تتعلق بما في ملكه وما يستفيده، كمن قال: ثُلُث مالي لك بعد موتي.

وجه قول أبي يوسف: أن حقيقة قوله: أملك بقيد الحال، وإنما يحمل على المستقبل بدلالةٍ، فإذا أريد به الحال التي هي الحقيقية لم يحمل على غيرها، وإنما قلنا [إنّ ما] استفاده ليس بمدبر؛ لأن التدبير ما كان في ملكه، أو [صرّح][٣] بإضافته إلى الملك ولم يوجد؛ [ولأنّ][٤] عتقهم لم يتعلق بالموت مطلقاً، وليس إذا لم يثبت التدبير لم يدخلوا في اليمين، كمن قال: إن مت من مرضي أو سفري[٥].

(١) في ب (يستقبله) والمثبت من أ.
(٢) انظر: المرجع السابق نفسه.
(٣) في ب (صريح) والمثبت من أ.
(٤) في ب (وأن) والمثبت من أ.
(٥) انظر: الأصل ٥/١٦٩.

٢٠١٣ ـ فَصْـل: [تحمل جنايات المدبَّر]

وجنايات المدبر على المولى يلزمه على الأقل من أرشِهِ ومن قيمته؛ لأنه بالتدبير منع من تسليمه بالجناية من غير اختيار، فصار كمن دبر عبداً بعد ما جنى وهو لا يعلم، وإنما لزمه على الأقل؛ لأن الأرش إن كان دون القيمة فلا حق لولي الجناية إلا فيه، وإن كانت القيمة أقل فلم يمنع عنهم بالتدبير أكثر منها.

قال: وكذلك إن كثرت الجنايات لم يضمن المولى إلا قيمة واحدة؛ لأنه صار مانعاً من تسليمه بسبب سابق على الجنايات من غير اختيار، فصار كأنه دَبَّره بعد وجودها وهو لا يعلم؛ ولأن المنع منع واحد، فلا يلزمه من غير اختيار أكثر من قيمة واحدة.





بَابُ
الاستيلاد

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: [٢٠٤/ب] كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالكها أو مالك[1] بعضها فهي أم ولد له؛ وذلك لأن الاستيلاد فرع لثبوت النسب، فإذا ثبت الأصل ثبت فرعه.

قال: وكذلك إن ثبت نسب ولد مملوكة من غير سيدها بنكاح أو وطءٍ بشبهة، ثم ملكها فهي أم ولد له حين ملكها، وإن ملك ولدها منه عتق عليه، وقال الشافعي: إذا [استولد] في ملك غيره ثم ملك لم تصر أم ولد.

لنا: فإن نسب ولدها ثابت من مولاها، فثبت لها حق الاستيلاد كما لو ولدت في ملكه؛ ولأن الاستيلاد [حرية][2] متعلقة بالنسب، فإذا جاز أن يثبت حكم النسب في ملك الغير، جاز أن يثبت حكم ما تعلق به في [الحرية]، وأما إذا ملك ولدها [منه] عتق؛ لقوله ﷺ: «**من ملك ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه عتق عليه**»[3].

٢٠١٤ ـ فَصْل: [في إثبات أم ولد]

وإن ملك ولدها[4] من غيره لم يصر ابن أم ولد [له] وجاز بيعه، وقال زفر:

---

(١) في أ (مالكها أو مالكٍ لبعضها).

(٢) في ب (حرمة) والمثبت من أ.

(٣) الحديث روي بلفظ: (فهو حر)، (فهو عتيق)، أخرجه ابن الجارود في المنتقى ١/٢٤٤؛ وأبو داود (٣٩٤٩)؛ والترمذي (١٣٦٥) وقال: «لا نعرفه مسندًا إلا من حديث حماد بن سلمة»؛ والنسائي في الكبرىٰ (٤٩١٢)؛ وابن ماجه (٢٥٢٤) من حديث سمرة بن جندب.

(٤) في أ (ولدًا لها).

إذا ملك من ولدته بغير ثبوت نسب ولدها منه، فهو ابن أم ولد.

لنا: أن الاستيلاد يثبت فيها حين ملكها، والولد ينفصل في تلك الحال والسِّراية [لا تثبت] حال الانفصال.

وجه قول زفر: أنه إذا ملكها صارت أم ولد [له] بالعلوق السابق، والولد حدث بعد ذلك فتعلق به حق الحرية.

٢٠١٥ ـ فَصْل:

فإن زوّجها بعد أن ملكها، فجاءت من [الزوج][1] بولد، أو وطئها غير المولىٰ بشبهة فجاءت بولد، فالولد بمنزلة أمه، تعتق بموت سيدها؛ وذلك لأن الاستيلاد استقر فيها، والحقوق المستقرة في الأمهات تسري إلىٰ الأولاد.

٢٠١٦ ـ فَصْل: [ولادة الأمة من رجل ولدًا]

وأما إذا ولدت الأمة من رجل ولداً لا يثبت نسبه منه، بأن زنىٰ بها ثم ملكها وولدها، عتق الولد عليه وجاز بيع الأم، وقال زفر: لا يجوز بيعها بمنزلة أم الولد.

لنا: أن الاستيلاد حرية متعلقة بالنسب، والنسب لم يثبت وإنما عتق الولد؛ لأنه في حكم [الجزء][2] منه، فصار كما أعتق بالإعتاق.

وجه قول زفر: أن حكم الحرية لما ثبت لهذا الولد بالولادة، ثبت لأمه كثابت النسب.

---

(١) في ب (أزواج) المثبت من أ.

(٢) في ب (الحُرّ) والمثبت من أ.



٢٠١٧ ـ فَصْل: [ثبوت نسب ولد مملوكة من مالكها]

ولا يثبت نسب ولد مملوكة من مالك لجميعها أو مالك لبعضها إلا أن يَدَّعيه، كان المولىٰ يطؤها أو لا يطؤها، وهذا فرع علىٰ أن الأمَة لا تصير فراشاً بالوطء، ولا يثبت نسب ولدها إلا بالدعوىٰ، وقال الشافعي: تصير فراشاً بالوطء ويثبت نسب ولدها وإن لم يُدَّع.

لنا: أنها لو صارت فراشاً بالوطء صارت فراشاً بالنسب المبيح للوطء كالزوجة، ولأن زوال الفراش يوجب عدة، فلما لم يوجب علىٰ الأمَة عدة بوطء مولاها، دَلَّ علىٰ أنه لا فراش لها؛ ولأنه يجوز له نقل الملك فيها، فلو صارت فراشاً [له] لم يجز نقل الملك فيها كأم الولد، وأما حديث عبد الله بن زمعة لما ادّعىٰ ولد [٢٠٥/أ] وليدة أبيه فقال النبي ﷺ: «**هو لك يا عبد الله، الولد للفراش وللعاهر الحجر**»، فقد روي أنه قال: أقرّ به أبي.

وعندنا: تصير فراشاً بالإقرار بولدها؛ ولأن النبي ﷺ لم يثبت النسب، وإنما قال: «**هو لك**»، يعني الملك؛ بدلالة أنه قال: «**واحتجبي عنه يا سودة، فإنه ليس بأخ لك**»[1]، وقوله: «**الولد للفراش**»، تعليل لنفي نسب ولدها؛ لأنها ليست بفراش، ولأنهم حكموا بثبوت هذا النسب، وإن كان لم يثبت باعتراف زمعة بالوطء، فيجوز أن يثبته وإن لم يثبت باعترافه بالنسب ويتساوىٰ في الإظهار[2]

٢٠١٨ ـ فَصْل: [ثبوت نسب ولده من أمته]

فأما إذا وطئ أمته ولم يعزل عنها وحَصَّنها، لم يحل له فيما بينه وبين الله

(١) الحديث أخرجه البخاري (١٩٤٨) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٤٥٧) وغيرهما.

(٢) في أ (الإضمار).

تعالىٰ أن ينفي نسب ولدها، ويلزمه أن يعترف به، فإن عزل عنها ولم يحصِّنها جاز أن ينفيه، وقال أبو يوسف: إذا كان يطؤها ولم يحصِّنها فأحب إلي أن يدَّعيه، وقال محمد: أحب إليّ أن يعتق ولدها ويستمتع بها[1]، فإذا مات أعتقها.

وجه قول أبي حنيفة: أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها وحصّنها، فالظاهر أن الولد منه، فلا يجوز له نفيه كولد الزوجة، فأما إذا عزل عنها ولم يحصنها، فيجوز أن يكون [منه]، ويجوز أن لا يكون، فلم يلزمه الاعتراف بالشكِّ.

وجه قول أبي يوسف: أنه يجوز أن يكون منه، ويجوز أن لا يكون منه، فلا ينفيه بالشك.

وجه قول محمد: أنه يجوز أن يكون منه، ويجوز أن لا يكون منه، فلا يجوز أن يلتزم نسباً بالشك، فأما العتق فيحتمل أن يكون عبداً ويحتمل أن يكون حراً فلا يَسترقُّه بالشك، فأما الأم فيستمتع بها؛ لأن ذلك مباح، وإن ثبت نسب ولدها، فإذا مات أعتقها حتىٰ لا تُسترقَّ بالشك.

قال أبو الحسن: وسواء كان الولد حياً أو ميتاً أو سقطاً قد استبان خلقه أو بعض خلقه، أو أقَرَّ به، فهو بمنزلة الولد الحي الكامل الخلق في كون الأمَة أم ولد؛ وذلك لأن السقط يتعلق به أحكام الولادة بدلالة انقضاء العدة [به]، والاستيلاد من أحكام الولادة.

قال: وإن لم يستبن من خَلْقِه شيء [وألقت بمضغة][2] أو علقة أو نطفة، فادَّعاه المولىٰ، فإنها لا تكون أم ولد [له]، رواه الحسن عن أبي حنيفة؛ وذلك

(١) في أ (بأمّها).

(٢) في ب (والعشر مضغة) والمثبت من أ.

لأنه ما لم يستبن خلقه يجوز أن يكون ولداً، ويجوز أن يكون دماً أو لحماً، فلا يتعلق به حكم الاستيلاد[١].

٢٠١٩ـ فَصْل: [قول الرجل: حمل هذه الجارية مني، ولم تكن حاملاً]

وقال أبو يوسف في [الإملاء][٢]: إذا قال: حمل هذه الجارية مني، أو هي حُبلىٰ مني، أو قال: في بطنها[٣] ولد مني، ثم قال: بعد ذلك لم تكن حاملاً، وإنما كان ريحاً أنفست[٤]، وصدقته الأمَة فهي أم ولد؛ وذلك لأنه اعترف بحملها، والحمل عبارة عن الولد، وذلك يثبت لها حرمة الاستيلاد، فإذا رجع لم يصدق في رجوعه، ولا يلتفت إلىٰ تصديقها؛ لأن الحرية [٢٠٥/ب] حق لله تعالىٰ، فلا يقبل قولها في إسقاطها، قالوا: ولو قال ما في بطنها مني ولم يقل من حمل أو ولد [فهو مني]، ثم قال بعد ذلك: كانت ريحاً وأنفست[٥] وصدقته، لم تصر أم ولد؛ لأنه لم يذكر الولد ولا الحمل، فالظاهر من قوله يقتضي الحمل إلا أنه يحتمل، فإذا تصادقا علىٰ اللفظ المحتمل لم يثبت الاستيلاد[٦].

٢٠٢٠ـ فَصْل: [حكم أم الولد]

قال أبو الحسن: وإذا صارت أم ولد بما ذكرت لك، لم يجز للمولىٰ إخراجها من ملكه إلا إلىٰ الحرية، وقال بشر بن غياث: يجوز بيع أم ولده.

(١) انظر: الأصل ٥/١٤٣.
(٢) في ب (المولىٰ) والمثبت من أ.
(٣) في أ (ما في بطنها من ولد).
(٤) في أ (فتفشت).
(٥) في أ (فتفشت).
(٦) انظر: الأصل ٥/١٤٤.

لنا: ما روى عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**أيما رجل ولدت منه أمته فهي معتقة عن دبر منه**»[1]، وعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال حين ولدت أم إبراهيم: «**أعتقها ولدها**»[2]. وسئل سعيد بن المسيب عن [عتق][3] أمهات الأولاد، فقال: إن الناس يقولون: إن أول من أمر بعتق أمهات الأولاد عمر بن الخطاب، وليس كذلك، لكن رسول الله ﷺ أول من أعتقهن فلا يجعلن في الثلث ولا يَسْعَين في دين، وعن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين، ولا يجعلن في الثلث[4]. وعن سالم أن عمر وعثمان قضيا في أمهات الأولاد أن يعتقن.

وروى عبيدة السلماني قال: قال علي: (اجتمع رأيي ورأي [عمر][5][6] من أصحاب رسول الله على عتق أمهات الأولاد، ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن في الدين، قال عبيدة: رأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إليّ من رأيك في الفرقة)، فأراده [عَليّ] على القضاء فأبى، فلما انصرف قال عَلِيّ: إن السلماني لفقيه، وقد أردته أن يزداد فقهاً فأبى، فحكم على الإجماع وليس من شرط الإجماع انقراض العصر، ولا يجوز أن يقال: كيف خالف هذا الإجماع؛ لأنه يجوز أن يكون من مذهبه أن الإجماع لا يستقر إلا بانقراض العصر.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ١٠/٢٤٦؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٤/٤٠٩.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ١٠/٢٤٦؛ وابن عدي في الكامل ٧/٢٩٧.

(٣) في ب (بيع) والمثبت من أ.

(٤) الحديث أخرجه الدارقطني في السنن ٤/١٣٦. وانظر بالتفصيل: نصب الراية للزيلعي ٣/٢٨٨.

(٥) في ب (عثمان) والمثبت من أ، والسياق يدل عليه.

(٦) الأثر في جميع كتب الأحاديث بلفظ: (اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أن لا يبعن، ثم رأيت بعد...)، ولم أجد هذه الزيادة؛ البيهقي في الكبرى ١٠/٣٤٨؛ وعبد الرزاق في المصنف ٧/٢٩١؛ وقال ابن حجر: «إسناده من أصحّ الأسانيد». الدراية ٢/٨٨.

وقد كان أصحابنا يقولون: إنه يحتمل أن يكون قوله: ثم رأيت أن أرقهن، بمعنىٰ أن أجعل لرقّهن [قيمة]، ومعنىٰ [ثم رأيت أن يبعن] [1]في الدين بمعنىٰ يستَسْعَين، وليس هذا بمخالفة الإجماع، وإنما هو كلام في كيفية العتق؛ ولأن نسب ولدها ثابت من مولاها، فلم يجز [بيعها] [2]كحال الحمل [3].

٢٠٢١ـ فَصْل: [زوال المِلك زوال العتق]

قال أبو الحسن: فإذا ما زال ملك المولىٰ، بأي سبب، زال عتقت؛ وذلك لأن عتقها متعلق بموت المولىٰ، فإذا زال ملكه بموته عتقت، وكذلك إذا زال ملكه بردّه أو لحاقه علىٰ ما بينا في التدبير؛ لأن ذلك يجري مجرىٰ الموت، وإنما يعني أبو الحسن: إذا زال ملك المولىٰ عنها مع بقائها؛ لأن ملك المولىٰ يزول (٢٠٦/أ) بموتها ولا تعتق.

٢٠٢٢ـ فَصْل: [تضمين أم الولد]

ولا تضمن أم الولد عند أبي حنيفة بالأيدي، لا تضمن بالغصب كما يضمن الرقيق، ولا تضمن في البيع الفاسد، ولا تضمن بالعتق إذا كانت أم ولد بين رجلين فأعتقها أحدهما لم يضمن المعتق لشريكه، ولم تسع أيضاً في شيء، وقال أبو يوسف ومحمد: تضمن في ذلك كله كما تضمن الأمة، وهذا فرع علىٰ أن [رقّها] [4]لا قيمة له عند أبي حنيفة؛ [وذلك] [5]لأنها لا تسعىٰ للورثة ولا

---

(١) في ب (أرقهن) والمثبت من أ.

(٢) في ب (معها) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ١٤١/٥ وما بعدها.

(٤) في ب (فيها) والمثبت من أ.

(٥) في ب (وكذلك) والمثبت من أ.

للغرماء، فلو كان لرقها قيمة لسعت كالمدبرة، ولأن المولىٰ لا يملك منها إلا منافع الوطء والاستخدام والاستغلال، فالمتلف لها متلف للمنافع، ذلك غير مضمون عندنا وليس كذلك المدبرة؛ لأن المولىٰ يملك فيها معنىٰ زائداً علىٰ المنافع؛ لأنها تسعىٰ لورثته ولغرمائه بعد موته.

وجه قولهما: أنها حرية متعلقة بالموت كالتدبير، ولأنها علىٰ ملكه يطؤها ويستخدمها بحكم المِلك كالأمة.

٢٠٢٣ ـ فَصل: [تضمين الغصب لأمّ الولد]

قال محمد في الإملاء: يضمن في الغصب عند أبي حنيفة كما يضمن الصبي الحر إذا غصب، يعني إذا مات من سبب حادث؛ لأن هذا يجري مجرىٰ ضمان الجناية، لأن الغاصب قربها من سبب التلف، وأم الولد تضمن بالجناية، فأما قوله: إن أحد الشريكين إذا أعتقها لم يضمن وإن ضمان العتق أدون من ضمان الغصب، ألا ترىٰ أنه يختلف باليسار والإعسار، فإذا لم يضمن عنده بالغصب؛ فلأن لا يضمن بما دونه أولىٰ، ولا تسعىٰ؛ لأنها صارت في يد نفسها بالحرية، فلم تلزمها السعاية كما لو مات المولىٰ.

٢٠٢٤ ـ فَصل: [في ضمان جناية القتل]

فإن قتلت ضمنت في قولهم جميعاً؛ لأن ضمان القتل يثبت في الحر، فلأن [يثبت فيما يثبت] (١) له حق الحرية أولىٰ (٢).

---

(١) في ب (ثبت فكما) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ١٤٥/٥.

٢٠٢٥ ـ فَصْل: [عتق أمهات الأولاد من مال المولىٰ]

قال: وتعتق إذا مات المولىٰ من جميع المال، ولا تسعىٰ للوارث ولا للغريم، وذلك لحديث سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد ولا يجعلن في الثلث[1]، ولأن حريتها متعلقة بالنسب، وحرية النسب لا تجتمع معها السعاية، فكذلك حرية الاستيلاد.

٢٠٢٦ ـ فَصْل: [نسب ولد أم ولد]

وإذا صارت أم ولد، فكل ولد ولدته فنسبه ثابت من المولىٰ، فإن نفاه انتفىٰ بغير حاكم؛ وذلك لأن أم الولد صارت فراشاً بثبوت نسب ولدها، بدلالة أن زوال فراشها موجب للعدة، كالزوجة والولد الحادث علىٰ الفراش يثبت نسبه من غير اعتراف، وإنما كان له نفيه من غير حكم؛ لأنه يملك نقل فراشها وإبطاله بقوله، ألا ترىٰ أنه يزوجها فيزول الفراش، وكذلك [٢٠٦/ب] يملك نقل النسب المتعلق به بقوله، وليس كذلك الزوجة؛ لأنه لا يملك نقل فراشها بقوله، فلا يملك نقل النسب المتعلق به.

٢٠٢٧ ـ فَصْل: [كيفية نفي الولد]

فأما كيفية النفي، فعلىٰ ما بيناه في ولد الزوجة عند أبي حنيفة: ينفيه ما لم يقبل التهنئة أو بمضي وقت الاعتراف، وعند أبي يوسف ومحمد: في [مدة النفاس]، وقد روىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه ينفيه ما لم ينسب إليه أو يعبر عن نفسه، وهذا إنما يريد به في الغائب إذا قدم فعلم بالولادة، جاز له النفي حين

---

(١) سبق تخريجه في فصل (١٨٨٥).

يعلم، إلا أن يكون الولد قد عَبَّر عن نفسه أو نسب إليه؛ لأن ذلك يوجب ثبوت نسب ولده من طريق الحكم.

وقد روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في ولد أم الولد: ليس له أن ينفيه إلا عند حضرة الولادة، وهذا إنما يريد [به] في الحاضر للولادة دون الغائب، وقد قالوا جميعاً: إنه ينفيه على اختلافهم في وقت النفي، إلا أن يكون حكم في ثبوت نسبه بشيء، وإنما أرادوا بذلك أن يجني عليه، فيحكم حاكم بأرش الجناية؛ لأن الحكم بثبوت النسب يمنع من النفي كالإقرار[1].

٢٠٢٨ـ فَصْل: [نسب الولد بعد التحريم]

قال: فإن حَرُمَ وطؤُها بعد أن صارت أم ولد بوجه من الوجوه، مثل أن يطأها ابنه أو أبوه، أو يطأ هو أمها أو ابنتها، لم يلحق نسب الولد الذي تأتي به بعد التحريم إلا أن يدَّعِيَهُ.

قال رحمه الله: وهو على وجهين: إذا حرمت أم الولد بما يفسد به نكاح الحرة، ولا ينفي معه فراشها، لم يثبت نسب ولدها من مولاها، [إلا][2] أن يدعيه مثل المسائل التي ذكرناها؛ لأن فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد، وهذه المعاني تقطع فراش الزوجة، فلأن تقطع فراش أم الولد أولى، وكذلك إذا زوجها لأنها صارت فراشاً للزوج، فيستحيل أن تكون فراشاً لغيره، فأما إذا حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة، ولا يزيل فراشها: مثل الحيض، والنفاس، والإحرام، والصوم، فإن نسب ولدها يثبت منه؛ لأن [هذا] تحريم عارض فلا يغير حكم الفراش.

(١) انظر: الأصل ٥/١٤٥.

(٢) في ب (ولا) والمثبت من أ.

٢٠٢٩ ـ فَصل: [في الاستمتاع بأم ولد]

[قال]: وللمولىٰ من الاستمتاع [بها] والتصرف ما يكون له من المدبرة؛ لأن عتق كل واحدة منهما متعلق بموته، ولأنه عتق متعلق بشرط، فلا يمنع الاستمتاع.

٢٠٣٠ ـ فَصل: [زوال فراش المولىٰ]

فإن زوّجها المولىٰ وجاءت بولد فهو ابن الزوج؛ [وذلك] لأن فراش المولىٰ زال بحدوث فراش الزوج، والولد يلحق بالفراش، ولأن فراش الزوج أقوىٰ من فراش المولىٰ لو كان باقياً؛ لأن النسب فيه قد لا ينتفي، فلحوق النسب [به][1] أولىٰ.

قال: فإن كان[2] ادّعاه المولىٰ، لم يثبت نسبه منه وعتق عليه؛ لأنه ولد ثابت النسب من غيره، فلا يصح دعوته له ويعتق؛ لأنه في ملكه وقد اعترف بحريته.

قال: وسواء كان النكاح [٢٠٧/أ] فاسداً أو جائزاً، وإنما يريد النكاح الفاسد إذا اتصل بالدخول؛ لأن المرأة لا تصير فراشاً بالنكاح الفاسد إلا بالوطء.

٢٠٣١ ـ فَصل: [ادعاء ولد الأمة من رجلين]

قال: وإذا كانت أَمَة بين رجلين، فجاءت بولد فادَّعَيَاه ثبت نسبه [منهما][3]،

---

(١) في ب (فيه) والمثبت من أ.

(٢) في أ (فإذا ادعاه).

(٣) في ب (بينهما) والمثبت من أ.

وكانت أم ولد لهما، فإن جاءت بآخر لم يثبت نسبه منهما ولا من أحدهما، إلا أن يدَّعيه؛ وذلك لأن وطأها حرام علىٰ كل واحد منهما تحريماً يمنع فراش النكاح، فلم تكن فراشاً له حكم[1] يثبت نسب ولدها، فإن ادعياه أو أحدهما ثبت؛ لأنه علىٰ ملكهما، ومن ادعىٰ ولداً علىٰ ملكه غير ثابت النسب من غيره ثبت نسبه منه[2].

وما ذكره من فصول هذه المسائل بعد هذا يذكره في بابه الذي أفرده [له] إن شاء الله تعالىٰ.



---

(١) في أ (فلم).

(٢) انظر: الأصل ٥/١٤٧، ١٤٨.



بَابُ
العبد بين رجلين فيعتق أحدهما نصيبه

قال أبو حنيفة في عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه: فالآخر بالخيار: إن شاء أعتق، وإن شاء ضمن المُعْتِقَ إن كان المعتق موسراً، وإن شاء استسعىٰ.

[قال: وهذا الباب مبني] علىٰ أصل: وهو أن العتق عند أبي حنيفة يتبعض [في] حال اليسار والإعسار، وعتق البعض لا يوجب عتق الجميع، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يتبعَّض في الحالتين، وقال الشافعي: يتبعض مع الإعسار، ولا يتبعض مع اليسار.

وجه قول أبي حنيفة: ما روىٰ نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «**من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوّم عليه قيمة [العدل]**[1]**، وأعطيَ شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق عليه ما أعتق**»[2]، وهذا يدل علىٰ تعلق عتق الباقي بالضمان.

وروىٰ نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: («**من أعتق شقصاً في مملوك، فعليه عتقه كله**» إن كان له مال يبلغ ثمنه يقوم عليه قيمة عدل، وإن لم يكن له مال أعتق منه ما أعتق)، فأوجب ﷺ علىٰ المعتق [عتق] الجميع، ولا يصح أن يوجب عتق ما عتق، وروي بهذا الإسناد أنه قال: «**كلف**[3] **عتق ما بقي**»، وقد

(١) في ب (العبد) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٨٦، ٢٣٨٧)؛ ومسلم (١٥٠١).

(٣) في أ (كل من عتق).



روي: «**فقد وجب عليه أن يعتق ما بقي**».

وروى سالم عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «**إذا كان العبد بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه، فإن كان موسراً قوّم عليه قيمة العبد لا وكس ولا شطط، ثم أعتق العبد**»[1]، وهذا نص في التبعيض، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، وعروة بن الزبير عن عائشة عن النبي ﷺ، وسعيد بن المسيب عن رجال من أصحاب رسول الله ﷺ قالوا: إذا كان العبد بين شركاء فأعتقه أحدهم، فإنه يقوّم عليه بأغلى القيمة ثم يغرم ثمنه ثم يعتق العبد؛ ولأن العتق إزالة ملك عن الرق، فجاز أن يتبعض كالبيع، وعلى الشافعي: أن ما يتبعّض حال الإعسار يتبعّض في حال اليسار كالبيع وعكسه الطلاق.

وجه قولهما: قوله ﷺ: [٢٠٧/ب] «**من أعتق شركاً له في عبد فقد عتق كله، ليس لله شريك**»؛ ولأن الاستيلاد لا يتبعض وهو حق الحرية؛ فلأن لا يتبعض نفس الحرية أولى.

[وإذا ثبت][2] ما ذكرنا، قال أبو حنيفة: إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر، فلشريكه ثلاثة خيارات: إن شاء ضمنه قيمة نصيبه؛ لأن النبي ﷺ أوجب الضمان على المُعْتِقِ الموسر، ولأنه أتلف عليه نصيبه، ألا ترى أنه لا يقدر أن يتصرف[3] فيه بالتمليك، فجاز له تضمينه، فإذا ضمّن الذي أعتق فهو بالخيار: إن شاء أعتق ما بقي؛ لأنه انتقل إليه بالضمان، وإن شاء استسعاه في قيمة ما بقي منه؛ وذلك لأن ما بقي منه على ملكه وقد وجب إخراجه إلى الحرية لاستحالة

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٠١) مع اختلاف وزيادة في اللفظ.

(٢) في ب (فثبت) والمثبت من أ.

(٣) في أ (لا يتصرف).

أن يترك على الرق[1] مع وقوع الحرية في جزء منه، ولا يجوز أن يلزمه إزالة الملك بغير عوض، فكان له أن يستسعي، ولأن الذي لم يعتق كان له أن يستسعي على ما سنبينه، فإذا ضَمَّن نقل إلى شريكه ما كان له من الحق، فقام مقامه فيه، وأيّ الأمرين اختار المعتق، فولاء العبد كله له؛ لأنه أعتق على ملكه، والولاء للمُعْتِقِ، فإن شاء الذي لم يعتق أعتق نصيبه؛ لأنا بينا أنه على ملكه، فجاز أن يساوي شريكه في التصرف.

وله أن يستسعي العبد عندنا، وقال الشافعي: لا أعرف السعاية في الشريعة.

والدليل على ثبوتها: حديث بشير بن نهيك عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**من أعتق شقصاً من مملوك، فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال استُسْعِي العبد غير مشقوق عليه**»[2]؛ ولأن نصيبه على ملكه، فجاز [أخذ العوض عنه من العبد كالكتابة.

ولا يجوز أن يقال: الكتابة لا تلزم العبد من غير رضاه، والسعاية تلزمه بغير رضاه؛ لأن الكتابة تثبت بالعقد، فافتقرت إلى التراضي، والسعاية تثبت من طريق الحكم، فجاز أن لا يقف على الرضا؛ ولأن الكتابة إنما وقفت على الرضا؛ لأنها عقد مبتدأ، ويجوز أن يرضى العبد بها، ويجوز أن يختار البقاء على الرق.

وفي مسألتنا: لا يجوز تبقيته على الرق؛ فلذلك لزمته السعاية بغير رضاه، فأي الوجهين اختار الشريك ـ العتق أو السعاية ـ، فقد صار الولاء بينهما؛ لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه، كما لو أعتقاه جميعًا.

---

(١) في أ (الحرية).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٠)؛ ومسلم (١٥٠٣).

وأما إذا كان المُعْتِقُ معسرًا، فللشريك خياران: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعىٰ، وليس له التضمين، وقال بشر المريسي: له أن يضمنه.

فمن أصحابنا من قال: القياس ما قاله بشر؛ لأن ضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والإعسار، وإنما تركوا القياس لما قدمنا من الأخبار، وقد فرّق رسول الله ﷺ بين اليسار والإعسار.

ومن أصحابنا من قال: القياس أن لا يضمن المعتق في الحالين؛ لأنه تصرف في ملكه علىٰ وجه أَضَرَّ بغيره، فصار كمن أحرق ناره، فاحترق منه دار جاره، وإنما تركوا القياس في الموسر وأوجبوا عليه الضمان بالخبر.

وإذا ثبت أن الضمان لا يجب، سقط أحد الخيارات الثلاث، فبقي الخياران: إما العتق، وإما السعاية، لما قدمنا.

فأما علىٰ قول أبي يوسف ومحمد: فلا خيار للشريك؛ لأن المعتق إن كان موسرًا فقد وجب الضمان عليه، فليس للذي لم يعتق أن يستسعي؛ لأن نصيبه انتقل إلىٰ شريكه وعتق عليه.

وإن كان المعتق معسرًا، فليس للشريك إلا السعاية؛ وذلك لأن الضمان كان واجبًا علىٰ المعتق، وقد سلمت المنفعة للعبد، فإذا تعذر تضمين الشريك، ضمن العبد، كالغاصب وغاصب الغاصب؛ ولأن الرق الذي ضمنه الشريك لم يسلم للعبد، جاز أن يرجع عليه ببدله، كما قالوا: في عبد الرهن إذا أعتقه الراهن ولا مال له، أن المرتهن يضمنه الأقل من قيمته ومن الدين.

والولاية في الوجهين جميعًا علىٰ قولهما للمعتق؛ لأن العبد عتق بإعتاقه،



وانتقل نصيب شريكه إليه.

وقد قال أصحابنا: إن أحد الشريكين إذا أعتق وهو معسر، لم يجز التصرف في بقية العبد بتمليك ببيع، أو هبة، وقال الشافعي: يجوز للشريك البيع والتصرف.

لنا: قوله ﷺ: «**من أعتق شقصًا له في عبد، فقد عتق كله، ليس لله شريك**»[1]؛ ولأن الحرية وقعت في الرقبة، وحق الحريّة في الرقبة تمنع التمليك، فنفس الحريّة أولىٰ.

وعلىٰ هذا الخلاف الذي قدمناه قال أبو حنيفة: فمن أعتق سهمًا من عبده، فباقيه علىٰ ملكه؛ لأن العتق يتبعض عنده، إلا أنه لا يجوز تبقيته علىٰ الرق؛ لوقوع الحرية فيه، فإن شاء أعتق ما بقي، وإن شاء استسعىٰ.

وقال أبو يوسف ومحمد: عتق كله بإعتاقه السهم الأول؛ لأن العتق لا يتبعض.

وعلىٰ هذا الخلاف قال أبو حنيفة: في عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه، ثم أعتق الآخر بعده، فللثالث أن يضمن المعتق الأول إن كان موسرًا؛ لأن الضمان وجب له بعتقه، وإن شاء أعتق لتساويه في التصرف، وإن شاء استسعىٰ نصيبه علىٰ ملكه، وليس له أن يضمن المعتق الثاني؛ لأنه ثبت له حق النقل إلىٰ الأول، وذلك النقل يتعلق به حكم، والولاء لا يلحقه الفسخ، فلا يجوز أن ينتقل حق التضمين إلىٰ غيره.

فإن اختار تضمين الأول، فللأول أن يعتق؛ لأن السهم انتقل إليه، وله أن يستسعي؛ لأنه قام مقام التضمين، وليس له أن يضمن المعتق الثاني؛ لأن المالك

(١) سبق تخريجه في (باب العبد بين رجلين...).

لم يكن له أن يضمنه، وقد قام هذا مقامه.

فأما على أصلهما: فلما أعتق الأول، عتق جميع العبد، وعتق الثاني باطل.

وإذا ثبت حكم اختلاف اليسار والإعسار في الضمان، فاليسار: هو أن يكون المعتق مالكًا لمقدار قيمة ما بقي من العبد قلَّت أو كثرت؛ لأنه يقدر على تخليص العبد، وإن [كان] ماله لا يبلغ قيمة بقية العبد، لم يضمن، وهو المعسر المراد بالخبر؛ لأنه لا يقدر على تخليص العبد، وليس المراد باليسار والإعسار ما يريده ممن يحل له الصدقة.

قال: وتعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم عتق؛ لأن العتق سبب الضمان، فصار كالإتلاف في المتلفات: أن القيمة تعتبر يوم الإتلاف.

قال: وكذلك حال المُعْتِقِ في يساره وعسرته؛ وذلك لأنه إذا أعتق وهو موسر، فقد ثبت حق التضمين للشريك، فلا يتغير بالإعسار الطارئ، كما لا تتغير الديون، وإن أعتق وهو معسر، فالعتق لم يوجب الضمان، فلا يجوز أن يجب بعد ذلك إلا بتحديد سبب آخر.

قال: والمعتق بعضه بمنزلة المكاتب حتى يؤدي السعاية: إما إلى المعتق إذا ضمن، وإما إلى الآخر إذا اختار السعاية، وقال أبو يوسف ومحمد: هو حرّ عليه دين، وهذا فرع على اختلافهم في تبعيض الحريّة، فعند أبي حنيفة: أن الرق باقٍ، وإنما يستسعى لتخليص رقبته من الرق كالمكاتب، فلا يرث ولا يورث، ولا تجوز شهادته، ولا يتزوج][1]، إلا أنه يفارق المكاتب من وجه واحد، وهو

---

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من ب، وزيدت من أ.

أنه إذا عجز لا يرد في الرق ؛ لأن المعنىٰ الموجب للسعاية وقوع الحرية في جزء منه ، وهذا المعنىٰ موجود بعد العجز .

وأما علىٰ قولهما: فالعتق قد وقع في جميعه ، وإنما يؤدي دينه مع الحرية فهو كسائر الأحرار [1].

٢٠٣٢ - فَصْل: [العبد بين الشركاء]

قال أبو الحسن: وإن كان العبد بين جماعة ، فأعتق أحدهم نصيبه ، فاختار بعض الشركاء الضمان ، وبعضهم السعاية ، وبعضهم العتق ، فذلك لهم ولكل واحد منهم ما اختار في قول أبي حنيفة ؛ لأن العتق أوجب لهم الخيار بين ثلاثة معاني ، ونصيب كل واحد منهم غير متعلق بنصيب الآخر ، فلم يتعين عليه أحد الأمور باختيار الآخر .

٢٠٣٣ - فَصْل: [في المملوك بين ثلاثة]

فإن مات بعض مَنْ لم يعتق وله [ورثة] [2]، فاختار بعض الورثة العتق ، وبعضهم الضمان ، وبعضهم السعاية ، فذلك لهم في رواية محمد في الأصل ، وقال الحسن بن زياد: [٢٠٨/أ] ليس للورثة إلا أن يعتقوا [جميعًا] ، أو يستسعوا [جميعًا] ، أو أن يضمنوا [جميعًا] [3].

وجه ما ذكر في الأصل: أن نصيب الميت علىٰ ملكه وقد انتقل إليهم بالموت ، وإن كان لا ينتقل بالعقد ، ولأن الموت نقل من طريق الحكم كالتضمين ،

---

(١) انظر: الأصل ٩٦/٥ وما بعدها.

(٢) في ب (وارث) والمثبت من أ.

(٣) الزيادة في المواضع الثلاثة من أ.

وإذا انتقل إليهم نصيب الميت صاروا كالشركاء في الأصل، فلكل واحد منهم أن ينفرد بالاختيار، وأما الذي ذكره عن الحسن فالظاهر: أنه رواية عن أبي حنيفة؛ لأن أبا الحسن حكى في أول الباب قول الحسن بن زياد: أن العتق لا يتبعض، ولا يصح أن يفرع هذا الفرع من مذهب نفسه.

ووجه ذلك: أن الورثة [انتقل][1] إليهم ما كان للميت من الحق، ولو أراد [الميت] تبعيض الاختيار، لم يجز له أن يضمن نصيبه، أو يستسعي الجميع، فكذلك ورثته في حكمه.

قال أبو الحسن: فإذا أعتق بعضهم كان العتق باطلاً، وكانت لهم السعاية إلا أن يجتمعوا على العتق، فإن أجمعوا عليه جاز العتق والولاء للميت؛ وذلك من أصل أبي حنيفة: أن المعتق بعضه [كالمكاتب][2]، والمكاتب لا ينتقل الملك فيه بالإرث، فإذا أعتقه الورثة كان عتقهم براءة من السعاية، فيعتق على ملك الميت وكان الولاء له، فإذا أعتق بعضهم لم يعتق [بعتقه][3]، كالمكاتب، والفائدة في كون الولاء للميت: أنه ينتقل إلى الذكور من الورثة[4] دون الإناث[5].

٢٠٣٤ ـ فَصْل: [في تضمين الشريك]

قال: وإن اختار الذي لم يعتق ضمان المعتق، ثم أراد أن يرجع عن ذلك، فله ذلك ما لم يقبل المعتق منه التضمين أو يحكم به الحاكم، وهي رواية ابن

---

(١) في ب (ينتقل) والمثبت من أ.

(٢) في ب (مكاتب) والمثبت من أ.

(٣) في ب (بعضه) والمثبت من أ.

(٤) في أ (من ولده).

(٥) انظر: الأصل ٥/١٠٧.



سماعة عن محمد.

وقد ذكر في الأصل: أنه إذا اختار التضمين لم يكن له اختيار السعاية، ولم يفصل تفصيل ابن سماعة، فمن أصحابنا من قال: إن رواية الأصل محمولة على هذا التفصيل، وجعل المسألة على رواية واحدة، ومنهم من جعلها روايتين.

فوجه رواية الأصل: أن الذي لم يعتق بالخيار بين تضمين المعتق أو العبد، فإذا اختار التضمين فقد أبرأ العبد، فلا يجوز له[1] تضمينه بعد ذلك؛ (ولأنه لو اختار الضمان وقبل الشريك لم يكن له أن يرجع)[2]؛ وجه رواية ابن سماعة: أن اختيار الشريك تضمين المعتق، نقل الملك إليه ببدل؛ وذلك لا يتم إلا بالرضا أو القضاء، فما لم يوجد واحد منهما لم يتم الاختيار، فكان له الرجوع عنه إلى السعاية.

قال أبو بكر [الرازي]: وعلى هذا تضمين الغاصب، وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه يضمن أحدهما، لم ينقطع حقه عن تضمين الآخر، إلا أن يرضى المضمن أو يقضى عليه بالضمان، فأما إذا اختار الشريك السعاية لم يكن له بعدها اختيار [٢٠٨/ب] التضمين، رضي العبد بذلك أو لم يرضَ؛ لأن إيجاب السعاية على العبد ليس فيه نقل ملك إليه بعوض حتى يقف على معنى ينضم إليه الاختيار، فصح الاختيار، فلم يكن للمولى الرجوع عنه.

٢٠٣٥ - فَصْل: [عبد بين رجلين أعتقه أحدهما]

فإن مات العبد قبل أن يختار الذي لم يعتق شيئاً، فله أن يضمن المعتق في

---

(١) في أ (أن يضمنه).

(٢) العبارة في أ هنا: (ولأنه لو اختار السعاية، لم يكن له أن يختار التضمين وإن لم ينضم إلى اختياره قضاء ولا رضا، فكذلك إذا اختار التضمين) بدل عبارة ب.

رواية محمد عن أبي حنيفة، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة، وإحدىٰ روايتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وروىٰ ابن سماعة وعلي وبشر عن أبي يوسف في عبدٍ بين رجلين[١] أعتقه أحدهما وهو موسر، فمات العبد قبل أن يضمن المولىٰ الذي لم يعتق صاحبه، فإن أبا حنيفة قال: لا ضمان له[٢] علىٰ المعتق، وقال أبو يوسف: هو ضامن، وهو قياس قول ابن أبي ليلىٰ.

وجه رواية محمد: أن المعتق قد صار في حكم الغاصب للعبد، فتلف العبد لا يوجب سقوط الضمان، كموت المغصوب بعد الغصب، ولأن الضمان يستند إلىٰ حال العتق، فلو[٣] كان المعتق حُرّاً صح زوال الملك فيه، فصار كتضمين المتلفات بعد التلف.

وجه رواية ابن سماعة: أن نصيب الذي لم يعتق علىٰ ملكه ويده ثابتة عليه، وإنما يثبت له حق الضمان بشرط النقل، فإذا مات تعذر فيه النقل، فلم يجز إثبات[٤] الضمان.

فأما أبو يوسف فعنده: أن العتق يوجب[٥] ضماناً مستقراً، فانتقل الملك إلىٰ المعتق، فمات علىٰ ملكه، فلا يسقط الضمان[٦].

---

(١) في (أ) شريكين.
(٢) في (أ) لا يوجد (له).
(٣) في (أ) فقد.
(٤) في (أ) إيجاب.
(٥) في (أ) أوجب.
(٦) انظر: الأصل ٥/١٠٨ وما بعدها.

٢٠٣٦ - فَصْـل: [الاختلاف في قيمة العبد المعتق]

[١]وإن اختلفا في قيمة العبد المعتق[٢]، والعتاق[٣] متقدم لحال [اختلافهما][٤]، فالقول قول المعتق مع يمينه، وإن كان [العتق][٥] في الحال نظر إلىٰ قيمة العبد يومئذٍ: فإن كان مات فالقول قول المعتق، أما إذا اختلفا في حال العتق، فيمكن الرجوع إلىٰ قيمة العبد في الحال، فلا معنىٰ للتحالف والبينة، بل ينظر إلىٰ العبد، فيُقَوَّمُ في الحال ويقضىٰ بقيمته.

وأما إن اتفقا أن العتق متقدم لحال الخصومة، فلا يمكن الرجوع إلىٰ قيمة العبد؛ لأنها قد[٦] تزيد وتنقص، فكان القول قول المعتق؛ لأنه هو الذي يلزمه الضمان، [فالمرجع][٧] إلىٰ قوله في قدره.

وقالوا في الشفعة[٨] أي: البناء، اختلفا في قيمته وقيمة الأرض؛ إذ المرجع إلىٰ قيمة الأرض في الحال، والقول في البناء: قول المشتري؛ لأن الشفيع يريد أن يملك عليه الأرض، ولا يجوز أن يملكها إلا بقوله.

فأما في مسألتنا فالمعتق لا يريد أن يملك علىٰ شريكه، وإنما شريكه يلزمه

---

(١) في (أ) قال.
(٢) في (أ) لا يوجد المعتق.
(٣) في (أ) العتق.
(٤) المثبت من (أ)، وفي (ب) (احلافهما).
(٥) في ب (المعتق) والمثبت من (أ).
(٦) (أ) لا يوجد (قد).
(٧) في ب (الرجوع) والمثبت من (أ).
(٨) في (أ) زيادة (إذا احترق).



الضمان، فلم يلزمه إلا مقدار ما يعترف به، وكذلك إذا مات المعتق؛ لأنه لا يمكن القاضي الرجوع إلىٰ قيمته[1]، فالقول قول المعتق، [فإن اختلفا في حال المعتق من اليسار والعتق متقدم، فالقول قول المعتق][2]؛ لأنه لا يمكن الرجوع إلىٰ حالة الإعتاق، ويجوز أن يتغير فلم يبق إلا اعتبار حال المعتق، ولا [٢٠٩/أ] يستقر وجوب الضمان عليه، فكان القول قوله.

٢٠٣٧ـ فَصْل: [إعتاق أحدهما نصيب صاحبه]

قال: فإن أعتق أحدهما نصيب صاحبه، لم يعتق منه شيء.

أما علىٰ قول أبي حنيفة؛ فلأن العتق يختص بسهم المعتق، وإذا كان لا يملكه فهو كعتق عبد لا يملكه.

وعلىٰ قولهما: إن كان العتق للبعض عتقاً للكل[3]، فإنه يوقع العتق في ملكه ثم يسري إلىٰ ملك شريكه، فإذا ابتدأ بإيقاع العتق في نصيب شريكه لم يعتق، فلا تثبت السراية فيه.

٢٠٣٨ـ فَصْل: [المعتق جارية حامل]

قال: وإذا كان المعتَق جارية حاملاً، لا يضمن المُعتِق من قيمة الولد شيئاً، وكذلك كل حمل عتق لعتق أمه فلا ضمان علىٰ المُعْتِق؛ وذلك لأن الحمل صفة نقص في الآدمية، والمتلِف لا يلزمه بنقص المتلَف زيادة ضمان؛ ولأن الحمل صفة فيها، فصار كسائر صفاتها، فلا يضمنها علىٰ الانفراد.

---

(١) في (أ) فكان.
(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من (أ).
(٣) في (أ) للجميع.

فأما قوله: وكذلك كل حمل عتق بعتق أمه، إنما يريد به إذا كان المعتِق مالكاً لها مثل مسألتنا ومسألة عتق الرهن، وإلا فقد قالوا في الجارية الموصىٰ برقبتها لرجل وبحملها لآخر، فأعتق صاحب الرقبة الأم عَتَقَ الحملُ وضمن قيمته[1] لصاحبه.

٢٠٣٩ ـ فَصْل: [كون شريك المعتق في العبد صبيّاً]

قال [وكذلك] إذا كان شريك المعتق في العبد صبياً أو مجنوناً لهما أب أو جَدّ أو وَصِيّ، فلهم ما للصبي لو كان بالغاً غير العتق، وكذلك إذا كان الشريك مكاتباً أو مأذوناً؛ وذلك لأن الصبي والمكاتب والمأذون لا يملكون العتق، فلا يملك من يلي عليهم، وإذا سقط العتق بقي حق التضمين والسعاية.

وإن كان الشريك صبياً واختار وليه السعاية فالولاء له؛ لأنه من أهل الولاء، وإن كان مكاتباً أو مأذوناً فالولاء لمولاه؛ لأنه لا يجوز أن ينسب الولاء إلا لحر، وإذا لم يثبت له ثبت لمولاه، قال وإذا لم يكن للصغير ولي وقف الأمر حتىٰ يبلغ؛ وذلك لأن تصرفه لا يجوز، إذ يوقف الحق علىٰ بلوغه إلىٰ حال التصرف، وهذا إذا لم يكن هناك حاكم، فإن كان نصب له الحاكم من يختار له أصلح الأمرين [جاز].

٢٠٤٠ ـ فَصْل: [الصلح مع الذي لم يعتق علىٰ أكثر من نصف قيمته]

فإذا صالح الذي لم يعتق العبد علىٰ أكثر من نصف قيمته دنانير أو دراهم، فالفضل باطل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن نصف القيمة

(١) في (أ) لا يوجد (لصاحبه)



قد وجب على المعتق أو على العبد من جنس الدراهم والدنانير، فإذا صالح على أكثر منها، صار كمن له على رجل ألف فصالحه على ألف ومائة، فالصلح باطل، وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد؛ لأن عندهما: من أتلف ما لا مثل له، فالثابت في ذمته القيمة، ولا يجوز صلحه على أكثر منها، وكذلك ضمان العتق؛ لما كان في معنى الإتلاف.

وأما أبو حنيفة فمن أصله: أن من أتلف ما لا مثل له ثبت المتلَف في ذمته، فإن صالح على أكثر من قيمته جاز، وكان ذلك عوضاً عن المتلَف، إلا أن يقول: أن ضمان العتق ليس بضمان صحيح حتى يثبت في الذمة[1]، ألا ترى أن لو كان صحيحًا استوى فيه اليسار والإعسار، وإذا لم يثبت في ذمة المتلف كان الثابت القيمة، فلم يجز الصلح [على] أكثر منها، وقد قال أصحابنا: إن ضمان العتق إذا كان[2] ضماناً صحيحاً، لا يختلف باليسار والإعسار، جاز الصلح على أكثر من قيمة[3] عبده، كمن أعتق جارية حملها لغيره، لزمه ضمان الحمل ضماناً صحيحاً، فإن صالح على أكثر من قيمته جاز، وإنما يريدون بزيادة القيمة إذا كانت الزيادة لا يتغابن بمثلها، [فأما الزيادة التي يتغابن في مثلها][4] فيجوز فيها؛ لأنها تدخل بين التقويمين، فلا يتحقق أنها زيادة.

قال: وإن كان الصلح على عروض قيمتها أكثر من نصف قيمة العبد جاز الصلح؛ لأن المستحق نصف القيمة من جنس الدراهم، فإذا أعطي عنها عوضاً

---

(١) في (أ) زيادة (المتلف).

(٢) في (أ) لا يوجد (كان).

(٣) في (أ) العبد.

(٤) الزيادة من (أ).

من العروض لم يتقدر، وجازت الزيادة [فيه].

٢٠٤١ ـ فَصْـل: [موت المعتق المريض في مرضه]

قال وإذا كان المعتِق مريضاً، فمات في مرضه ذلك، لم يضمن شيئاً، ولا يكون ذلك دَيناً في تركته، ولكن يسعىٰ العبد للشريك.

وقال أبو يوسف [ومحمد][١]: يضمن كما يضمن الحي.

وقال ابن أبي ليلىٰ: إن كان في ثلثه وفاء بجميع قيمته، ضمن في ثلثه نصف قيمته لشريكه.

وجه[٢] قول أبي حنيفة: أن المعتق في المرض في حكم العتق بعد الموت؛ بدلالة أنه يعتبر من الثلث، ولو وقع عليه العتق بالموت لم يضمن المولىٰ، فكذلك إذا أعتق في المرض.

وجه[٣] قول أبي يوسف ـ وهو قول محمد ـ: أن العتق من أسباب الضمان فيستوي فيه حال المرض والصحة كسائر الأسباب.

وأما ابن أبي ليلىٰ فيقول: إن الشريك يضمن ليعتق أو يستسعىٰ، وكل واحد منهما يتبرع، فإن اتسع له الثلث جاز، وإلا لم يجز.

٢٠٤٢ ـ فَصْـل: [عبدين بين رجلين أحدهما قال: أحدكما حر]

وقال: قال أبو يوسف في عبدين بين رجلين، قال أحدهما: أحدكما حر

(١) الزيادة من (أ)، وما يأتي يدل عليها.

(٢) لا يوجد (وجه) في (أ).

(٣) لا يوجد (وجه) في (أ).

وهو فقير، ثم استغنىٰ، ثم اختار أن يوقع [العتق] علىٰ أحدهما، ضمن نصف قيمته يوم العتق.

وكذلك لو كان مات قبل أن يختار، وقد استغنىٰ قبل موته، ضمن ربع قيمة كل واحد منهما، إنما أنظر إلىٰ حاله يوم أوقع بمنزلة من كاتب نصيبه من العبد، ثم أَدَّىٰ فعتق، إنما أنظر إلىٰ حال مولاه يوم عتق المكاتب، ولا أنظر لحاله يوم كاتب، وهذا صحيح علىٰ أصله: أن من أعتق أحد عبديه تعلق العتق بذمته، وإنّما يوقع علىٰ أحدهما، فإذا كان الاختيار إيقاعًا، اعتبرت حاله يوم الاختيار.

[قال]: ولو قال لعبد مشترك له: أنت حر إنْ دخلت الدار، ضمن نصف قيمته يوم دخل الدار إن كان يومئذ عبدًا، وذلك؛ لأن العتق لا يقع باليمين وإنما يقع بالشرط.

وقال محمد في مسألة العتق المجهول، اعتبر صفة المعتِق [٢١٠/أ] في اليسار والإعسار يوم تكلم بالعتق، وهذا صحيح علىٰ أصله أن العتق يقع علىٰ أحدهما، وإنما يبين بالاختيار من وقع عليه العتق[1].



---

(١) انظر: الأصل ٥/١١٠.

بَابُ
العبد يكون بين رجلين فيشهد أحدهما على الآخر بالعتق

قال أبو الحسن: إذا كان العبد بين رجلين فشهد أحدهما علىٰ صاحبه أنه أعتقه، جاز إقراره علىٰ نفسه

ولم يجز علىٰ صاحبه، ولا ضمان علىٰ الشاهد، ويسعىٰ العبد للمنكر في نصف قيمته في قولهم جميعاً.

وذلك لأن شهادة أحدهما علىٰ الآخر لا تقبل؛ لأن العتق لا يثبت بقول الواحد، ولو كان اثنين لم[1] تقبل شهادتهما؛ لأنهما يثبتان [بها][2] حق الضمان لأنفسهما[3] بعتق نصيب الشريك الشاهد؛ لأنه لم يعترف بالعتق فيه، وإنما اعترف بالعتق في نصيب شريكه، إلا أنه مالك لسهم من[4] العبد وقد اعترف بثبوت حق الحرية في نصيبه؛ ولأنه لا يجوز له التصرف فيه بالتمليك وقوله مقبول علىٰ نفسه.

وهذا معنىٰ قول أبي الحسن: جاز إقراره علىٰ نفسه، ولا ضمان عليه؛ لأنه لم يوقع العتق، وإنما اعترف به علىٰ غيره، وكل من لم يوقع العتاق في ملك نفسه لم يضمن، كأحد الشريكين إذا وكل رجلاً بعتق نصيبه، فأعتقه لم يضمن.

---

(١) في (أ) لا.

(٢) الزيادة من (أ).

(٣) في (أ) (ولا يعتق نصيب الشاهد).

(٤) في (أ) (في).

وأما السعاية فمن أصل أبي حنيفة: أنها تثبت مع اليسار والإعسار في زعم الشاهد أن شريكه قد أعتق، وأن له حق [الضمان]، [وقد تعذر الضمان حين لم يقبل قوله، فبقي حق السعاية].

فأما المُنْكِرُ ففي زعمه: أن نصيبه على ملكه، وقد تعذر تصرفه بإقرار شريكه، فكان له أن يستسعي، وأما على قولهما: فالسعاية لا تثبت مع اليسار، فإن كان المشهود عليه موسراً فلا سعاية للشاهد على العبد؛ لأنه يزعم أنه أعتق بإعتاق شريكه، ولا حق له إلا الضمان، فقد أبرأ العبد من السعاية، فلا يثبت له المطالبة بهما، فإن كان المشهود عليه معسراً، فللشاهد أن يستسعي؛ لأن السعاية عندهما تثبت مع الإعسار، وأما المشهود عليه فيستسعى بكل حال؛ لأن نصيبه على ملكه، ولم يعترف بسقوط حقه من السعاية.

قال: فإن أعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه، جاز في قول أبي حنيفة والولاء بينهما؛ لأن المشهود عليه نصيبه على ملكه وكذلك الشاهد عنده، فإذا أعتقا نفذ عتقهما، وثبت الولاء بينهما، وكذلك إن استسعيا فالولاء لهما.

فأما على قولهما: فالولاء موقوف؛ لأن الشاهد يزعم أن جميع الولاء لشريكه، وشريكه يجحد ذلك، فوقف نصف الولاء[1].

٢٠٤٣ ـ فَصْل: [شهادة كل واحد على صاحبه بعتق العبد]

وإن شهد كل واحد منهما على صاحبه، سعى العبد لكل واحد منهما (في قيمة نصيبه عند أبي حنيفة)[2]؛ لأن كل واحد منهما يزعم أن شريكه أعتق

---

(١) انظر: الأصل ٥/١١٧، ١١٨.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

[العبد]، وأن له الضمان أو السعاية، وقد تعذر الضمان حين لم يصدقه، فبقيت السعاية، ولا فرق عنده بين اليسار والإعسار، وأما على قولهما: فإن كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما؛ لأن كل واحد منهما يدعي الضمان على شريكه، ويزعم أن لا سعاية له مع اليسار، فلم يثبت له ما أبرأ العبد منه.

وإن كانا معسرين سعى العبد لكل واحد منهما؛ لأنه يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر، فلا حق له إلا السعاية.

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، سعى العبد(١) للموسر، [ولا يسعى](٢) للمعسر؛ لأن الموسر يزعم أنه لا ضمان له على شريكه، وإنما السعاية له، فالمعسر يزعم أن الضمان على الشريك فقد أبرأ العبد.

قال: وذلك بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كل واحد منهما يدعي على الآخر الضمان، وذلك مما يصح بذله فيستحلف عليه.

قال: وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدي ما عليه؛ لأن من أصله: أن المستسعى [بمنزلة](٣) المكاتب، وأما على قولهما: فهو حر(٤) عليه دين، حين شهد الوليان؛ لأن كل واحد منهما زعم أنه حر من جهة الآخر، فمن اعترف بالحرية في ملكه نفذت(٥)، والسعاية عندهما لا تمنع الحرية(٦).

---

(١) في (أ) لا يوجد (العبد).

(٢) في ب (ولم يسع)، والمثبت من (أ).

(٣) في ب (حكم) والمثبت من (أ).

(٤) (أ) لا يوجد (عليه دين).

(٥) في ب (نفذ)، والمثبت من (أ).

(٦) انظر: الأصل ٥/١١٧.

٢٠٤٤ ـ فَصْل: [عبد بين رجلين حلف أحدهما بعتقه بشرط]

ولو أن عبداً بين رجلين، حلف أحدهما بعتقه أنه [قد][1] دخل هذه الدار، وحلف الآخر أنه لم يدخل، [فقد عتق نصف العبد بينهما][2] وسعىٰ العبد في نصف قيمته بينهما موسرين كانا أو معسرين في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن كانا معسرين سعىٰ في نصف قيمته بينهما، وإن كانا موسرين فلا سعاية لهما، وإن كانا أحدهما موسراً والآخر معسراً، سعىٰ للموسر في ربع قيمته، ولم يسع للمعسر، وقال محمد: هذا مثل شهادة كل واحد منهما علىٰ صاحبه: أنه أعتق نصيبه.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أنّا تيقنا حنث أحد الشريكين؛ لأن العبد لا يخلو: [إما أن يكون][3] أنه دخل أو لم يدخل، والمستحق للحرية معلوم، وإن جهل المستحق عليه فيعتق نصف العبد بغير سعاية، ولزمه السعاية في النصف، وليس أحدهما بذاك أولىٰ من الآخر، فيقتسم بينهما[4] في قول أبي حنيفة علىٰ أصله: أن اليسار والإعسار في السعاية سواء.

وأما أبو يوسف فيختلف حكم اليسار والإعسار عنده علىٰ ما قدمناه.

فإن كانا معسرين سعىٰ لهما، وإن كانا موسرين لم يسع لهما وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، سعىٰ للموسر في ربع قيمته ولم يسع للمعسر في شيء.

---

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (ب) (فقد أعتق العبد منهما)، والمثبت من (أ)، والسياق يدل عليه.

(٣) الزيادة من (أ).

(٤) في (أ) زيادة (نصفين).

وجه قول محمد: أن كل واحد منهما يدعي الحرية [علىٰ شريكه][1] ، فصار كشهادة كل واحد منهما علىٰ الآخر ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأنا لا نتيقن الحرية في مسألة الشهادة ؛ لجواز أن يكونا كاذبين أكدنا وتيقنا في مسألتنا ؛ لأن العبد [لا بد][2] أن يكون دخل أو لم يدخل ، [٢١١/أ] فكذلك اختلفا ، وليس هذا عند أبي حنيفة كرجل قال لعبده: إن كان زيد دخل الدار اليوم فأنت حر ، وقال الآخر لعبده: إن كان زيد[3] لم يدخل الدار اليوم فأنت حر ، أنه لا يعتق واحد منهما[4] ؛ وذلك لأن المستحق للحرية مجهول ، والمستحق عليه مجهول ، فحصلت الجهالة في الطرفين فمنعت.

وفي مسألتنا: المستحق للحرية معلوم والمستحق عليه مجهول (والجهالة في أحد الطرفين لا تمنع الوقوع ، كرجل قال: أحد عبديَّ حر)[5] ، والجهالة في الطرفين تمنع ، كشاهدين شهدا أن أحد أهل هذه الجماعة[6] أعتق عبده.

٢٠٤٥ ـ فَصْل: [في عبدين بين رجلين ، قيل لأحدهما: أنت حرٌّ بشرط]

وعلىٰ هذا قال أبو يوسف في عبدين بين رجلين ، قال أحدهما لأحد العبدين: أنت حر إن لم تدخل أمتنا هذه الدار اليوم ، وقال الآخر: إن دخلت أمتنا هذه الدار اليوم فأنت حر ، فمضىٰ [اليوم] وتصادقا أنهما لا يعلمان دخلت أو لم

---

(١) الزيادة من (أ).
(٢) في ب (من) ، والمثبت من (أ).
(٣) في (أ) (وإن لم يكن زيد دخل الدار).
(٤) في (أ) (العبدين).
(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٦) في (أ) المحلة.

تدخل، فإن هذين العبدين يعتق من كل واحد [منهما] ربعه، ويسعىٰ في ثلاثة [أرباع قيمته] بين الوليين نصفين إذا كانت قيمتهما سواء؛ وذلك لأنا تيقنا أن نصف أحد العبدين حر لا محالة، وليس أحدهما بذلك أولىٰ من الآخر، فيقسم نصف الحرية بينهما إذا تساوت قيمتهما، ويسعىٰ كل واحد منهما في ثلاثة أرباع قيمته.

وقال محمد: قياس قول أبي حنيفة أن يسعىٰ كل واحد منهما في جميع قيمته بينهما نصفان، وذلك لأن الحنث معلوم إلا أن المستحق مجهول[١] ولا أقضي بالحرية مع الجهالة[٢] في الطرفين، فكذلك [يسعىٰ] كل واحد منهما في جميع قيمته.

٢٠٤٦ ـ فَصْل: [عبد بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ مدة]

ومن هذا الفرع[٣] ما ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: في عبدٍ بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة، فقال شريكه: لم أعتقه منذ سنة، وقد أعتقته أنت اليوم، فاضمن لي نصف القيمة لعتقك، فلا ضمان علىٰ الذي زعم أن صاحبه أعتقه منذ سنة، وذلك لما ابتدأ [واعترف][٤] علىٰ صاحبه بالحرية، فقد ثبت حق الحرية للعبد بالقول الأول علىٰ وجه لا يلزم المقر ضمان، فلا يلزمه بعد ذلك بالإيقاع، قال: وكذلك لو قال أعتقه صاحبي منذ سنة وأعتقته أنا أمس، فهو كذلك، إذا قامت بينةٌ أنه أعتقه أمس فهو ضامن لشريكه؛ لأنه عتق بإعتاقه

(١) في (أ) (والمستحق عليه مجهول).

(٢) في (أ) بينهما.

(٣) في (أ) النوع.

(٤) في ب (وأعتق) والمثبت من (أ).

قبل أن يثبت له حق الحرية بإقراره، فوجب عليه الضمان بدعواه على شريكه.

والعتق المتقدم لا يسقط الضمان عن الذمة[1] وليس كذلك إذا لم يقم بينة أنه أعتقه أمس؛ لأن العتق [إنما][2] ثبت باعترافه، وذلك ظهر بعد إقراره على شريكه.

---

(١) في (أ) (لا يسقط الذمة من الضمان).

(٢) في ب (إذا)، والمثبت من (أ).



بَابُ
الرجل يعتق أحد عبديه بغير عينه

قال أبو الحسن: وإذا قال لعبدين له: أحدكما حر، أو قال [الرجل][1]: هذا حر، أو هذا، أو سماهما، فقال: سالم حر أو بزيغ، لزمه عتق أحدهما.

فقال الشيخ رحمه الله تعالى: والأصل في جواز العتق[2] المجهول قوله ﷺ: «**لا عتق إلا فيما يملكه ابن آدم**»[3]، ولأن هذه [الجهالة][4] جهالة لا تمنع البيع مع ضعفه بدليل[5] من باع قفيزاً من صبرة جاز، ولزم البائع تعيينه، فإذا لم يمنع البيع، فالعتق أولى.

٢٠٤٧ ـ فَصل: [تعلق الحرية فيما إذا أعتق أحد عبديه]

قال أبو يوسف: إذا أعتق أحد عبديه تعلق الحرية بذمته، ويقال له: [أوقع][6]، وكان أصحابنا يقولون: إن هذا قول أبي حنيفة أيضاً، وقال محمد في الزيادات: يقال له: بَيِّنْ وفي موضع آخر أعتِقْ، والصحيح من مذهبه: أن العتق يتعلق بأحدهما، ويقال للمولى: بَيِّنْ.

---

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (أ) في.

(٣) الحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ١٨٥/٩؛ والبزار في مسنده، ٤٣٩/٦.

(٤) الزيادة من (أ).

(٥) في (أ) (ألا ترىٰ أن مَنْ).

(٦) في ب (أعتق)، والمثبت من (أ).

وجه[1] قول أبي يوسف: أنما الحرية إنما تتعلق بعين، فإن لم يعينها تعلقت بذمته، ولأنهما على ملكه قبل البيان، ألا ترى أن منافعهما له وأرشهما له، ولو كان العتق وقع على أحدهما لم يستحق أرشه.

وكان أبو الحسن يفصل بين الطلاق في المجهول والعتاق في المجهول، فيقول: إن العتاق يثبت في الذمة والطلاق لا يثبت؛ لأنه لا يصح إيجابه، وكان غيره من أصحابنا يُسَوِّي بينهما فيقول: إن الطلاق وإن لم يثبت في الذمة فيصح أن يوصف بالوجوب، ألا ترى أن فرقة العنين طلاق وهي واجبة على الزوج وإنما يقوم القاضي مقامه.

وجه قول محمد: أن العتق لم يعلّقه بذمته، فلم يجز لنا إثباته على غير الوجه الذي أثبته، فإذا لم يتعلق بالذمة تعلق بالعين، ولأن العتق المتعلق بالذمة لا يختص إيقاعه بعبد دون عبد، فلما[2] لم يجز إيقاع هذا العتق على غير هذين العبدين، دلّ أنه تعلق بهما[3].

٢٠٤٨ ـ فَصْل: [بيان الجهالة إلى المولى]

والبيان في ذلك إلى المولى؛ لأن العتق صَحَّ من جهته فبيانه إليه، ألا ترى أن من أقرَّ بحق مجهول كان بيانه إليه؛ لأنه صَحَّ من جهته، وكذلك من باع قفيزاً من صبرة كان تعيينه إليه.

---

(١) في (أ) (لأبي يوسف).

(٢) في (أ) فإذا.

(٣) انظر: الأصل ٥/٨١، ٨٢.

٢٠٤٩ - فَصْل: [التسمية تعريف كالإشارة]

وإنما استوىٰ حكم الألفاظ التي ذكرها؛ لأنه قال: أحدكما حر، وقد أوقع العتق علىٰ أحدهما، وإذا قال: هذا حر أو هذا، فقد خيّر نفسه في عتقهما، فإذا قال: سالم [حرّ أو][(١)] بزيغ، فالتسمية تعريف كالإشارة.

٢٠٥٠ - فَصْل: [مخاصمة العبد مولاه في الحرية المُوقَعَة]

[قال]: فإذا خاصمه [العبدان إلىٰ][(٢)] الحاكم، أجبره الحاكم علىٰ أن يعتق أحدهما، وإنما يثبت لهما حق الخصومة؛ لأن الحرية يجوز أن تكون لكل واحد منهما، وللعبد حق في مخاصمة مولاه في الحرية الموقعة، وإنما أجبره الحاكم؛ لأن العتق وقع إما في الذمة علىٰ قول أبي يوسف، أو في العين علىٰ قول [محمد]، وما وجب علىٰ الإنسان أو تعلق به حق آدمي أجبره الحاكم.

٢٠٥١ - فَصْل: [في اختيار إيقاع العتق علىٰ أحد العبدين]

[قال]: فإن لم يخاصماه عند الحاكم فاختار إيقاع العتق علىٰ أحدهما، وقع عليه العتق حين اختار عتقه، وهما قبل ذلك بمنزلة العبدين ما دام خيار المولىٰ قائماً فيهما، وهذا اللفظ صحيح علىٰ أصل أبي يوسف، يقال للمولىٰ: أوقع، فإذا أوقع [٢١٢/أ] وقعت الحرية بإيقاعه، فأما علىٰ أصل محمد: فالوقوع سابق، وإنما بين المولىٰ من وقع العتق عليه، فأما قوله: وهما قبل ذلك بمنزلة العبدين فصحيح[(٣)] علىٰ أصل أبي يوسف؛ لأن الحرية لم تقع علىٰ واحد منهما،

---

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (ب) (العبد إلا أن)، والمثبت من (أ).

(٣) في (أ) (فصحح).

وكذلك على أصل محمد ؛ لأن الحرية وإن وقعت عنده فلم تتعين ، [وقد][1] كان له أن يوقع على كل واحد منهما بدلاً من الآخر ، فدل على أنهما في حكم العبدين.

٢٠٥٢ـ فَصْل: [العتق في حال انقطاع خيار المولى]

قال: وإذا انقطع خيار المولى وأحدهما في ملكه ، عتق الذي في ملكه ، وهذا مثل أن يموت أحدهما ؛ وذلك لأنه لم يبق من استحق العتق إلا الآخر ، ومن خَيَّر بين أحد أمرين ففات أحدهما ، تعين الآخر ، وليس كذلك من باع أحد العبدين على أن المشتري بالخيار ، فمات أحدهما ؛ لأن الموت عيب عند حدوثه وما شرط فيه الخيار ، بطل الخيار فيه بحدوث العيب ، فتعين [البيع][2] قبل أن يموت فمات على ملكه ، والعيب لا يقطع الخيار في مسألتنا ، [فقد][3] مات [العبد][4] قبل أن تتعين الحرية ، فتعينت في [الثاني][5] ، وليس هذا كمن قال: أحد هذين ابني ، أو [إحدى] هاتين أم ولدي ، فمات أحدهما ، لم تتعين الحرية والاستيلاد في [الثاني][6] رواية ابن سماعة عن محمد ؛ لأن هذا ليس بإيقاع ، وإنما هو إخبار عن أمر سابق ، يجوز أن يكون خبرًا ، ويجوز أن لا يكون عن الميت وعن الحي ، فوقف على بيانه.

---

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (ب) (للمبيع) والمثبت من (أ).

(٣) الزيادة من (أ).

(٤) الزيادة من (أ).

(٥) في (ب) (الباقي) والمثبت من (أ).

(٦) في (ب) (الآخر) ، والمثبت من (أ).

٢٠٥٣ ـ فَصْل:

[قال][١]: وإن انقطع خيار المولىٰ [وهو ممن][٢] يجوز إعتاقه فيهما، عتق من كل واحد منهما نصفه، مثل أن يموت المولىٰ قبل أن يبين؛ وذلك لأن الخيار فات بموت المولىٰ، فكل واحد [منهما][٣] حر في حالٍ وعبد في حالٍ، فانقسمت الحرية بينهما.

٢٠٥٤ ـ فَصْل: [إخراج المولىٰ أحدهما عن ملكه بوجه من الوجوه]

وإذا[٤] أخرج المولىٰ أحدهما عن ملكه بوجه من الوجوه، أو رهنه[٥] أو دبّره، أو كاتبه، أو كانتا أمتين فوطئ إحداهما فعلقت، (أو باع أحدهما علىٰ أنه بالخيار، أو علىٰ أن المشتري بالخيار)[٦]، أو باع أحدهما بيعاً فاسداً وقبضه المشتري، أو حلف علىٰ أحدهما بحرية إن فعل[٧] شيئاً، فذلك كله اختيار لإيقاع العتق علىٰ الآخر؛ وذلك لأن مَنْ خير بين أمرين [ففعل ما يستدل به][٨] علىٰ الاختيار قائم مقام قوله: اخترت؛ بدلالة قوله ﷺ لبريرة: (**إن وطئك زوجك فلا خيار لك**)[٩]، وإذا ثبت هذا قلنا: إذا أخرج المولىٰ أحدهما من ملكه فلم يبق من

---

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (ب) (وهما مما)، والمثبت من (أ).

(٣) في (أ): فيهما.

(٤) في (أ): فإن.

(٥) في (أ): أو آجره.

(٦) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

(٧) في (أ): فعلت.

(٨) في (ب) (وفعل ما يدل)، والمثبت من (أ).

(٩) أخرجه أبو داود بلفظ (قربك)، (٢٢٣٦)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٧/٢٢٥؛ والدارقطني (بلفظ=



يستحق الحرية إلا الآخر فوقعت عليه، وكذلك إذا رهنه؛ لأنه لو أراد تعيين الحرية فيه لم يرهنه، وكذلك إذا آجره؛ لأنه لو أراد[1] الحرية لم يؤاجره؛ لأن العتق [يرفع][2] الإجارة، فكذلك الكتابة؛ [لأنها تقتضي][3] الحرية بموجبها، فدل على أنه لم يقصد إيقاع الحرية عليه بموجب العتق الأول، وكذلك التدبير؛ لأن ذلك حرية متعلقة بشرط، ولو أراد أن يعجل عتقه لم يعلقه بشرط، وكذلك إذا وطئها فعلقت؛ لأن الاستيلاد يوجب حرية متأخرة، والعتق الموقع يقتضي حرية معجلة، وأما إذا باع وشرط الخيار لنفسه أو للمشتري، فقد قصد إلى عقد صحيح، وإيقاع الحرية يمنع هذا العقد، فدل على أنه عدل بها إلى[4] الآخر، وأما البيع الفاسد إذا قبض فقد زال الملك عندنا، كالبيع الصحيح، ولا يحتاج في تعيين الحرية إلى القبض؛ لأنهم قد قالوا: إنه لو ساوم بأحد العبدين وقع العتق بالآخر، والسوم أدون من البيع الفاسد إلا أنهم ذكروا القبض لا لأنه شرط، ولكن ليدخلوه في جملة ما زال الملك فتعين العتق، وأما إذا حلف على أحدهما فقد علق حريته[5] بالشرط، والعتق يقتضي حرية منجزة، فدل على أنه لم يقصد بعينها فيه[6]، قال ابن سماعة عن محمد: فإن كانت اليمين سابقة للحرية المجهولة، فوقعت الحرية بوجود الشرط بعد قوله أحدكما حر عتق الآخر؛ لأن ملك المولى زال عن أحدهما بسبب من جهته كما لو باعه.

= المؤلف)، ٣/٢٩٤؛ ونحوه ابن أبي شيبة، ٣/٥٠٦.

(١) في (أ): تعيين.

(٢) في (ب) (يدفع)، والمثبت من (أ).

(٣) في (ب) (لأنه يقتضي) والمثبت من (أ).

(٤) في (أ): عن.

(٥) في (أ): الحرية.

(٦) في (أ): تعينها به.

قال محمد في الإملاء: إذا وهب أحدهما وأقبضه، أو تصدق وأقبض، عتق الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعندنا؛ لأن الملك يزول بالقبض، وزوال الملك يوجب التعيين.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: وكذلك لو أوصىٰ به أو ساومه به[1]؛ وذلك لأن الوصية والسوم سبب في التمليك[2]، ولو أراد أن يعين العتق فيه لم يعلق به سبب التمليك.

٢٠٥٥ ـ فَصْل: [اختيار حرية إحدىٰ الأمتين]

قال أبو حنيفة: إذا أعتق إحدىٰ أمتيه فوطئ إحداهما، لم يكن وطؤه اختيارًا، وقال أبو يوسف ومحمد: تتعين الحرية في الأخرىٰ، قال ابن سماعة عن أبي يوسف: وكذلك إن قبّل إحداهما بشهوة، أو لمس بشهوة أو نظر إلىٰ فرجها بشهوة[3]، لأبي حنيفة: إن الوطء استيفاء منفعة فلا تتعين به الحرية كالاستخدام؛ ولأن وطأها علىٰ ملكه بدلالة: أنه لو وطئها بشبهة[4] كان المهر له، واستيفاء المبدل كاستيفاء البدل، فلا تتعين به الحرية، وليس هذا عنده كمن طلق إحدىٰ امرأتيه ثم وطئ إحداهما؛ لأن النكاح لا ينفرد عن الاستباحة، (ولما وطئ دل ذلك علىٰ التعيين، وملك اليمين ينفرد عن الاستباحة)[5] بدلالة أخته من الرضاعة، فلم يكن الوطء موجب الملك، فلا يتعين به الملك، وكذلك إن

---

(١) في (أ): بها أو ساوم بها.

(٢) في (أ): للتمليك.

(٣) في (أ): لشهوة.

(٤) في (أ): أنها لو وطئت بشبهة.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

اشترىٰ إحدىٰ أمتين علىٰ أنه بالخيار، يتعين الملك بوطئه؛ لأنه لا يملك وطء الأخرىٰ، فصار وطؤه تعييناً، وفي مسألتنا يملك وطأها بدلالة استحقاقه لعقرها.

وجه قولهما: أن وطء الحرة لا يجوز، فلما وطئها دل علىٰ أنه عيّن الحرية في الأخرىٰ، كما لو طلق إحدىٰ امرأتيه ثم وطئ.

٢٠٥٦ - فَصْل:

قال فإن استخدم إحداهما لم يكن ذلك اختياراً في قولهم جميعاً[(١)]؛ لأن الاستخدام لا يختص بالملك، ألا ترىٰ أنه قد تستخدم الحرة، فلم يدل علىٰ تبقية الملك.

٢٠٥٧ - فَصْل: [إعتاق إحداهما بعد قوله إحداكما حرة]

قال: فإن أعتق إحداهما بعد قوله إحداكما [٢١٣/أ] حرة، وقال: أردت بالعتق الذي لزمني بقولي إحداكما حرة، فالقول: قوله في ذلك، أمّا علىٰ أصل أبي حنيفة وأبي يوسف: فإنما لزمه الإيقاع، [وقد أوقع، فالقول قوله فيما أوقع، وعلىٰ قول محمد: يلزمه البيان، ولفظ الإيقاع إخبار][(٢)] فيجوز أن يكون بياناً، قال: وإذا أراد عتقاً مستأنفاً عتقتا جميعاً؛ لأن إحداهما عتقت بالإعتاق، فلم يبق من يستحق الحرية الأولىٰ إلا الأخرىٰ.

٢٠٥٨ - فَصْل: [باع الأمتين في صفقة واحدة]

قال الشيخ رحمه الله[(٣)]: ونظير ما ذكره أبو الحسن ما روىٰ ابن سماعة عن أبي

---

(١) في (أ): لا يوجد (جميعاً).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من (ب).

(٣) في (أ): قال رضي الله عنه.

يوسف قال: إن باعهما صفقة واحدة أبطلت البيع، لأن من أصله أنه استحق إحداهما حق الحرية، فمنع من البيع فيهما، وعلىٰ أصل محمد: الحرية قد وقعت، فصار كمن جمع بين عبد وحر في البيع، قال: ولو وهبهما أو تصدق بهما أو تزوج عليهما، فإنه يخير فيوقع العتق في [أيتهما][(١)] شاء، وتجوز الصدقة والهبة والنكاح علىٰ الأخرىٰ؛ وذلك لأن الهبة والصدقة والنكاح [إذا وقعت][(٢)] علىٰ شيئين [لم يكن][(٣)] أحدهما شرط في الآخر، وفساد العقد في أحدهما لا يوجب فساده في الآخر، فإذا خير فاختار[(٤)] صار كأن الحرية تعينت قبل عقده، [ومن جمع بين الهبة والنكاح][(٥)] بين حر وعبد، صَحّ في العبد وبطل في الحر، ولا يقال لو وهب أو أقبض أو تزوج، فقد [أزال ملكه][(٦)] عن أحدهما، فكيف يخير؛ لأن العقد عندنا موقوف علىٰ الاختيار لاستحالة أن [يحكم بزوال][(٧)] الملك في أحدهما مع تعلق الحرية، فإذا تعينت الحرية باختياره صَحَّ العقد، قال: وإن لم يوقع العتق حتىٰ مات أبطلت الهبة والصدقة فيهما؛ لأن موته يوجب انقسام الحرية بينهما والهبة لا تصح في عبد قد عتق بعضه.

٢٠٥٩ـ فَصْل: [إعتاق أحد المأسورَين في الحرب]

قال: ولو أسرهما أهل الحرب كان للمولىٰ أن يوقع العتق علىٰ أحدهما،

(١) في (ب) (أيهما) والمثبت من (أ).
(٢) في (ب): أوقع، والمثبت من (أ).
(٣) الزيادة من (أ).
(٤) (فاختار) سقطت من (أ).
(٥) في (ب) (وفي جمع الهبة والنكاح) والمثبت من (أ).
(٦) في (ب): زال الملك.
(٧) في ب (يبدل) والمثبت من (أ).

ويكون الآخر لأهل الحرب؛ وذلك لأن أسرهما لا يتعلق[1] به الملك لثبوت حق الحرية لهما، كما لا يملك المكاتب بالأسر، فإن أبقيا على ملك المولى جاز أن يتعين[2]، فإذا تعينت الحرية [من أحدهما][3] بتعيينه بقي الآخر عبداً فملكه أهل الحرب، قال: فإن لم يعين المولى حتى مات، بطل ملك أهل الحرب فيهما؛ لأن الحرية انقسمت بينهما فتعذر التملك، ولو اشتراها رجل من أهل الحرب فللمولى أن يوقع العتق على أيهما شاء، ويأخذ الآخر بحصته من الثمن؛ وذلك لأن أهل الحرب ثبت لهم حق التملك في أحدهما، ألا ترى السبي لا تبطله الشروط، فإذا باعوه ثبت للمشتري ما كان ثابتاً لهم، فبقي خيار المولى، فإذا عين[4] صَحّ ملك أهل الحرب، فالمشتري منهم في الآخر فيأخذه بحصته.

قال: وإن اشترى رجل من أهل الحرب أحدهما، فاختار المولى عتقه، عتق وبطل الشراء لما بيّنا أن حكم ملك المولى باق، وله حق[5] الاختيار، قال: فإن أخذه المولى من الذي اشترى بالثمن عتق الآخر؛ لأن أخذه له رضًا بتعيين الحرية في الآخر، فكأنه أعتق.

قال: ولو [أسر][6] أهل الحرب أحدهما لم يعتق [الآخر][7]؛ وذلك لأنه[8]

(١) في (أ): (لا يقع به).
(٢) في (أ): (أن يعتق).
(٣) الزيادة من (أ).
(٤) في (أ): (أعتق).
(٥) في (أ): (فله الخيار).
(٦) في ب (استولى) والمثبت من (أ).
(٧) الزيادة من (أ).
(٨) في (أ): المأمور.



على صفة يصح وقوع العتق فيه، ولم يزل ملك المولى عندنا باختياره، فكان له إيقاع الحرية فيه، وذلك يمنع من تملكه، وليس كذلك إذا باع أحدهما؛ لأن الملك يتعين باختياره، فصار بائعاً له بعد سقوط حق الحرية عنه.

٢٠٦٠ ـ فَصْل: [عتق المشتري للعبدين فيما لو باعهما صفقة واحدة]

قال: لو باعهما من رجل صفقة [واحدة] وسَلَّمَهُما [إليه]، فأعتقهما المشتري قبل البائع خيّر على إيقاع الحرية، فإذا أوقع على أحدهما، عتق الآخر على المشتري ولزمه القيمة؛ وذلك لأن المشتري قبضهما بحكم عقد فاسد، وأحدهما حر والآخر عبد، فملك العبد منهما ونفذ عتقه فيه، وإنما بدأ بتخيير البائع؛ لأن التمليك حصل من جهته في مجهول، فإذا عين الحرية [تعيّن][١] الملك الفاسد في الآخر، فينفذ[٢] فيه عتق المشتري، قال: فإن مات البائع قبل أن يبين، قام الورثة مقامه، وقيل لهم: بينوا، فإن بينوا في أحدهما عتق الآخر[٣] على المشتري، وإنما لم تنقسم الحرية بالموت؛ لأن الملك زال في الآخر، فتعذر الانقسام، وبقي الخيار، فقام الوارث فيه مقام المورث.

فإن قيل: هذا [الخيار] قد ورث عندكم، قلنا: ليس كذلك، وإنما يثبت للورثة خيار مبتدأ؛ لأنهم استحقوا[٤] قيمة أحد العبدين، فلهم التعيين كما كان للبائع، وهذا كما قالوا فيمن باع أحد عبدين على أنه بالخيار، وقبضهما المشتري

(١) في (ب): (لعين) والمثبت من (أ).
(٢) في (أ): (وتعين فيه).
(٣) في (أ) زيادة: (وعتق).
(٤) في (ب) (لم يستحقوا)، والمثبت من (أ)، ويدل عليه السياق.



[فمات أحدهما][1] في يده، ثم مات البائع، أن لورثة البائع الاختيار.

قال: فإن لم يعتق المشتري حتىٰ مات البائع، لم ينقسم العتق فيهما حتىٰ يفسخ القاضي البيع، فإذا فسخه عتق من كل واحد نصفه؛ وذلك لأن الملك زال في أحد العبدين، فلم يجز قسمة الحرية من غير ملك الموقع إلا أن البيع الفاسد يجب فسخه، وذلك يقع بفعل الحاكم أو تراضي المتعاقدين، فإذا وجد الفسخ عاد إلىٰ ملك المعتق [فانقسمت][2] الحرية.

٢٠٦١ـ فَصْل: [قول المولىٰ: أحد عبيدي حر ثلاثًا، لثلاثة أعبد]

قال بشر عن أبي حنيفة[3]: إذا كان له ثلاثة أعبد فقال أحد عبيدي حر، أحد عبيدي حر، أحد عبيدي حر، عتقوا؛ وذلك لأن أحدهم عتق باللفظ الأول ثم أوقع العتق الثاني علىٰ [أحد][4] عبيده فخرج المعتق منهم، فعتق أحد الباقين ولم يُبْقِ له إلا عبداً واحداً، فعتق باللفظ الثالث، فلو قال: أحدكم حر، أحدكم حر، لم يعتق إلا واحد؛ لأن أحدهم عتق باللفظ الأول، ثم جمع بين حر وعبدين فقال: أحدكم حر، فلم يتعلق باللفظ الثاني والثالث حكم؛ لأنه صادق فيه[5].

---

(١) في (ب) (فماتا)، والمثبت من (أ)، ويدل عليه السياق.

(٢) في ب (ووقعت)، والمثبت من أ، ويدل عليه السياق.

(٣) في (أ): عن أبي يوسف.

(٤) الزيادة من (أ).

(٥) انظر: الأصل ٥/٧٦.

بَابُ
الرجل يعتق أحد أمتيه فتلد كل واحدة منهما ولداً أو يجني عليهما

قال أبو الحسن: وإذا قال لأمتيه إحداكما حرة فقتلهما رجل جميعاً[1] معاً، فعلى القاتل نصف قيمة كل واحدة منهما للمولى، وعليه نصف دية هذه ونصف دية هذه لورثتهما.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: والأصل في ذلك أن القاتل لا يخلو: إما أن يكون واحداً أو اثنين، وكل واحد منهما على فصلين: إما أن يكون قتلهما معاً أو إحداهما بعد[2] الأخرى. [٢١٤/أ]

فإن كان القاتل واحداً وقتلهما معاً، فقد علمنا أنه قتل حرة وأمة، والواجب بقتل الحرة الدية، وبقتل الأمة القيمة، والقيمة للمولى والدية للورثة، فكل واحدة منهما تجب ديتها في حال، وقيمتها في حال، فيقسم ذلك على أصلنا في اعتبار الأحوال.

أما إن قتل إحداهما قبل صاحبتها[3]، فقد تعينت الحرية في الثانية بقتل الأولى، فكان على القاتل قيمة الأولى للمولى ودية الثانية للورثة.

وأما إذا قتل كل واحدة منهما رجل، فكان القتل معاً، فعلى كل واحد

(١) في (أ): لا يوجد (جميعاً).
(٢) في (أ): قبل.
(٣) في (أ): بعد الأخرى.



منهما[1] من القيمة نصفها للورثة ونصفها للمولىٰ؛ لأنا لا نعلم من تجب عليه الدية منهما، فسقط إيجابها لجهالة المستحق عليه، فبقي القيمة المتيقنة، وليس كذلك إذا كان القاتل واحداً؛ لأن المستحق عليه معلوم، وإنما جهل المستحق، وفي مسألتنا المستحق عليه مجهول، فلم يثبت الاستحقاق عليه بالشك، وإنما انقسمت القيمتان؛ لأن المولىٰ مستحق بدل[2] إحداهما، والورثة لبدل الأخرىٰ، وكل واحد منهما يستحق في حال ولا يستحق في حال.

وأما إذا كان القتل [متفرقًا][3] فغرم القاتل الأول قيمة المعتق للمولىٰ، وقد تيقن الحرية في الثانية فعلىٰ قاتلها، الدية لورثتها.

٢٠٦٢ـ فَصْل: [قطع رجل يد كل واحد منهما معًا، أو إحداهما بعد الأخرىٰ]

ولو قطع رجل يد كل واحدة منهما معاً أو إحداهما بعد الأخرىٰ، ففي كل واحدة منهما نصف قيمتها؛ وذلك لأن الحرية يجوز أن تقع علىٰ كل واحدة منهما بدلاً من الأخرىٰ، والقطع لا يمنع بقاء خيار المولىٰ، فكان الأرش له وليس كذلك القتل؛ لأنه يمنع بقاء الخيار، فتعينت الحرية، وهذا ظاهر علىٰ أصل أبي يوسف: أن الحرية لم تقع علىٰ واحدة منهما، فأما محمد: فإن قال إنها وقعت، فلم يتعين قبل البيان، فكان الأرش قبل التعيين له فإذا أعتق المولىٰ إحداهما فلا شيء له من الأرش؛ لأن عند أبي يوسف: الحرية إنما وقعت بالإيقاع، فما حصل قبلها من الأرش للمولىٰ، وعلىٰ قول محمد: العتق بيان إلا أنه كان يقدر أن يعتق[4]

(١) في (أ): من القاتلين القيمة.

(٢) في (أ): لبدل.

(٣) المثبت من (أ)، وفي (ب) (متقدمًا).

(٤) في (أ): (أن يبين في غيرها).

غيرها، فصار التعيين في حكم الإيقاع، قال: وأما كسب الأمتين قبل أن يوقع المولىٰ العتق فهو للمولىٰ في قولهم، وهذا أظهر من الأرش؛ لأن الكسب يجوز أن يملكه من لا يملك الأصل، والأرش لا يملكه إلا مالك الأصل، فإذا استحق المولىٰ الأرش فالكسب أولىٰ.

٢٠٦٣ ـ فَصْل: [أثر ولادة إحدىٰ الأمتين في عتق الأخرىٰ]

قال: ولو ولدت كل واحدة منهما ولداً أو ولدت إحداهما، فإنه يعتق ولد التي اختار[١] المولىٰ إيقاع العتق عليها كان مع الأخرىٰ ولدٌ أو لم يكن؛ وذلك لأن حق الحرية متعلق بإحداهما عند أبي يوسف، فيسري إلىٰ ولدها كالاستيلاد والكتابة، وعلىٰ قول محمد: [الحرية][٢] قد وقعت، فأولىٰ أن يسري إلىٰ الولد.

[قال]: ولو ماتت الأمتان معاً، خيّر المولىٰ في أن يوقع العتق علىٰ أي الولدين شيئاً؛ لأن الحرية لم تتعين بالموت، وأحد الولدين حر، فخير المولىٰ فيه كالأم، فإن مات أحد الولدين قبل الآخر، فلم يلتفت إلىٰ ذلك، وهذا إنما يريد به إذا مات أحد الولدين مع بقاء الأمتين، لم يتعلق بموته حكم التعيين؛ لأن الحرية تتعين فيه بتعيينها في أمّه، وحكم التعيين في الأم ممكن، فقيل للمولىٰ: عَيِّنْ، ففي أيهما عَيّن العتق[٣] يعتق ولدها.

قال: ولو قتل الأمتين رجل معاً، خيّر المولىٰ في الولدين لما بينا. قال ولا يرث الابن المعتق من الأرش شيئاً؛ لأنه عتق بالاختيار، وذلك متأخر عن الموت، فلا يرث.

---

(١) في (أ): يختار.

(٢) الزيادة من (أ).

(٣) في (أ): لا يوجد (العتق).

بَابُ
الرجل يقول لعبده ولشيء لا يقع عليه العتق: أحدكما حر

قال [رضي الله عنه]: الأصل في هذا الباب: أن من جمع بين عبده وبين ما لا يقع عليه العتق كالبهيمة والحائط، فقال: عبدي حر، أو هذا، أو قال: أحدكما حر، عتق عبده عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق، وروىٰ ابن سماعة عن محمد فيمن قال لعبده وأشار إليه أنت حر، أو هذا الحائط: فالعتق يقع علىٰ عبده في قول أصحابنا، وأما أنا فلا أرىٰ أن يعتق عبده، ولو قال أحدكما حر عتق.

وجه قول أبي حنيفة: أنه وصف أحدهما بالحرية، والمضموم إلىٰ العبد لا يوصف بها، فلم يبق من يستحقها إلا العبد، فكأنه قال: أنت حر، ولأنّا إذا عينا ما فيه تعلق بالكلام حكم، وإن لم يعينها ألغينا الكلام، ولا يجوز إلغاؤه مع إمكان تعليق الفائدة به، ولأنه لو أوقع الحرية علىٰ أحد عبديه، فصار أحدهما، بحيث لا يعتق، تعينت في الآخر، كذلك إذا أوقعها علىٰ أحد شيئين لا يعتق أحدهما.

وجه قولهما: أنه خَيّر نفسه بين عتق عبده وبين صرف العتق عنه، فكأنه قال: أنت حر [أولاً][1].

وأما وجه الفرق[2] لمحمد: وهو أنه إذا قال لعبده أنت أو هذا، والمضاف

---

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (أ) (وأمّا فرق محمد).

إليه لا يوصف، فكأنه قال: أنت أو هذا حر، وليس كذلك إذا قال: أحدكما حر؛ لأنه لم يخير نفسه وإنما وصف أحدهما بالحرية[1] ولا يجوز أن يوصف بها إلا العبد.

٢٠٦٤ـ فَصْل: [الرجل جمع بين عبده وبين من يوصف بالحرية]

وأما إذا جمع بين عبده وبين من يوصف بالحرية، إلا أن عتق المولىٰ لا ينفذ فيه، فقال: أحدكما حر، لم يعتق عبده، كمن جمع بين عبده وعبد غيره؛ وذلك لأن عبد الغير يوصف بالحرية من جهة مولاه، ويجوز أن يكون الموقع أراد أن يوقع عليه حرية موقوفة علىٰ إجازة المولىٰ، فلم يكن في صرف الحرية عن عبده إلغاء الكلام، وعلىٰ هذا لو جمع بين أمة حية وميتة فقال: أنت حرة أو هذه، أو إحداكما حرة، [لم تعتق أمته؛ لأن الميتة توصف بالحرية فيقال ماتت حرة، وماتت أمة، فلم تختص الحرية بأمته][2]، وقال عمرو عن محمد قال أبو حنيفة: إذا قال لحر أنت حر، أو عبدي، عتق العبد؛ لأنه خير نفسه فيهما، ولا فرق بين تقديم العبد أو الحائط.

٢٠٦٥ـ فَصْل: [فيمن له ثلاثة أعبد وقال لاثنين: أحدكما حُرٌّ]

ومن نظير هذه المسألة ما قال في جامع الكبير: فيمن [كان] له ثلاثة أعبد، دخل [٢١٥/أ] عليه اثنان، فقال: أحدكما حر، ثم خرج أحدهما ودخل الثالث، فقال: أحدكما حر، وذلك في صحته ثم مات [قبل أن يبيّن]، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يعتق ثلاثة أرباع الثابت، ونصف الآخرين، وقال محمد يعتق من الداخل

---

(١) في (أ) (يصح).

(٢) الزيادة من (أ)، وقد سقطت من (ب).

ربعه ، فأما أبو حنيفة فبنىٰ علىٰ أصله: أن الحرية تتبعض ، فلما قال أحدكما حر ، فقد عتق أحدهما ، فلا يخلو: إما أن تكون الحرية ثابتة في الذمة أو تبعضت ، فوقعت عليهما نصفين.

فإن قلنا: إنها في الذمة ، صَحّ اللفظ الثاني ؛ لأنه أوقعه علىٰ عبدين.

وإن قلنا: إنها قد وقعت ، فقد انقسمت بينهما ، فصار كل واحد مكاتباً عبده ، ومن جمع بين مكاتبٍ وعبدٍ فقال: أحدكما حر ، تعلق بقوله حكم ، فالقول [في الأولىٰ][1] ثابت عند أبي حنيفة بكل حال فيقول: الحرية الأولىٰ انقسمت بين الثابت والخارج نصفين ، فعتق من كل واحد منهما النصف ، واللفظ الثاني ثابت ، فإن عني به الثابت فقد عتق نصفه ، وإن عني [به] الداخل عتق كله ، ففي حال يعتق نصف الثابت ، وفي حال لا شيء ، فيعتق نصف ذلك وهو الربع ، فحصلت [له] ثلاثة أرباع الحرية ، والداخل يعتق نصفه ؛ لأنه يعتق في حال ولا يعتق في حال ، فأما أبو يوسف: فلا يرىٰ تبعيض الحرية ؛ لأنها[2] تقع عنده في الذمة ، فلما قال ثانياً: أحدكما حر ، فهو جامع بين عبدين ، فوافق أبا حنيفة في هذا الوجه.

وأما محمد فمن أصله: أن الحرية لا تتبعض ، وإنها تثبت في العين ، وإذا كان هذا أصله قال: لا يخلو إما أن يكون أراد باللفظ الأول الخارج أو الثابت ، فإن أراد الخارج صَحَّ اللفظ الثاني ، فانقسم موجبه بين الداخل والثابت نصفين ، فإن كان اللفظ الأول وقع علىٰ الثابت لم يصح إيقاع اللفظ الثاني ؛ لأنه جامع بين

---

(١) المثبت من (أ) ، وفي (ب) (الثاني).

(٢) في (أ): (إلا أنها).

حر وعبد، فاستحق الثابت نصف حرية في حال أو[1] لا شيء، فله نصفها، والحرية الأولى بينه وبين الخارج نصفين، فله ثلاثة أرباع حرية، وأما الداخل فله نصف الحرية في حال ولا شيء في حال، فصار له نصف ذلك: وهو الربع.

٢٠٦٦ ـ فَصْل: [المسألة السابقة في حال المرض]

وإن كان قال ذلك في المرض ولا مال له غيرهم، ضربوا في الثلث بقدر ما استحقوا، فيحصل[2] رقبة عن كل عبد أربعة أسهم، فيضرب الثابت بثلثه، وكل واحد من الداخل والخارج بسهمين، فذلك أربعة[3] أسهم، ويضرب الورثة [بمثلي] ذلك، فيصير رقبة كل عبد سبعة أسهم، يعتق من الثابت ثلاثة (أسهم: وهي ثلاثة أسباعه، ومن كل واحد من الآخرين سُبُعاه، فأما محمد فيضرب للثابت [بثلاثة])[4] والخارج بسهمين وللداخل بسهم، فذلك ستة، أسهم و[يضرب] الورثة بمثلي ذلك، ويستحق الثابت نصف رقبته، والخارج ثلثها، والداخل سدسها، ويسعون في بقية ذلك.



(١) في (أ): ولا.
(٢) في (أ) (فيجعل رقبة كل).
(٣) في (أ): سبعة.
(٤) ما بين القوسين ساقطة من (أ).



بَابُ
عتق ما في البطن

قال: الأصل في جواز عتق الحمل: أنه يعتق بعتق الأم بالاتفاق[1]؛ فلأن يعتق إذ أفرده بالحرية أولىٰ، ولأن الحمل لا يجوز أن يعقد عليه بما يمنع الخطر وتعذر التسليم في عقده، والعتق لا [يمنعه][2] الخطر وتعذر التسليم؛ بدلالة جواز عتق الأمة الآبقة، وكذلك تدبير ما في البطن جائز؛ لأنها حرية متعلقة بالشرط، فإذا جاز أن ينجز حريته، جاز أن يعلقها بالشرط.

قال أبو الحسن: فإذا قال لأمته: ما في بطنك حر، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ قال ذلك، عتق وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يعتق؛ لأنها إذا وضعت لأقل من ستة أشهر فقد تَيَقَّنَّا بوجود الولد عند الإيقاع فعتق، وإن جاءت لأكثر لم نَتَيَقَّنْ [وجوده]؛ لجواز أن يكون الحمل لستة أشهر.

[قال]: فإن ولدته ميتاً بعد القول بيوم لم يعتق؛ وذلك لأنا لا نعلم حياته عند الإيقاع، والعتق لا يقع إلا في الحي، قال: فإن كانت الأمة في عِدَّةٍ من زوج، عتق الولد إذا ولدته ما بينها وبين سنتين منذ وجبت العدة، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ قال المولىٰ ذلك؛ لأنا نحكم بثبوت نسب هذا الولد من الزوج، فلا بد أن يحكم بوجوده قبل الطلاق، والعتق متأخر عن ذلك، وهذا علىٰ ما

(١) في (أ): باتفاق.

(٢) المثبت من (أ)، وفي (ب) (ينفيه).



نقول إنّ الوطء إذا كان محرماً فمدة الحمل معتبرة بسنتين[1].

٢٠٦٧ ـ فَصْـل: [إذا قال لها سيدها: ما في بطنكِ حُرّ، ثم ضربها رجل فألقت جنيناً ميتاً]

فإن قال لها: [ما] في بطنك حر، ثم ضرب رجل على بطنها بعد يوم، فألقت جنيناً ميتاً، ففيه ما في جنين الحرة غرة عبد أو أمة؛ وذلك لأن الجنين إذا انفصل بالضرب محكوم بحياته؛ بدلالة وجوب أرشه لورثته، وإذا حكم بحياته عتق بالإيقاع[2]، وكمل أرشه، فكذلك إذا ولدته حياً عتق؛ لأنا حكمنا بوجوده عند الإيقاع، وهو على صفة يصح العتق فيه[3].

٢٠٦٨ ـ فَصْـل: [المسألة السابقة، ولكنها ولدت ولدين]

وإذا ولدت ولدين: أحدهما لأقل من ستة أشهر، والآخر لأكثر منه بيوم عتقا جميعاً؛ لأنا تَيَقَّنَّا وجود الذي جاءت به لأقل من ستة أشهر عند الإيقاع، والآخر قد يجوز أن يكون موجودًا؛ لأن الحمل قد يزيد على ستة أشهر، وهما[4] حمل واحد، فحكم بوجودهما عند الإيقاع، فعتقا.

٢٠٦٩ ـ فَصْـل: [قوله لأمتيه: ما في بطن إحداكما حر]

فإن قال لأمتين له: ما في بطن إحداكما حر، فهو مثل قوله لعبدين أحدكما حر، يمسك أيهما شاء ويعتق الآخر؛ لأن الحمل في الإيقاع كالأم، فما جاز في

---

(١) انظر: الأصل ٥/١٢٨، ١٢٩

(٢) في (أ) (بالإعتاق).

(٣) انظر: المصدر السابق ٥/١٢٩.

(٤) في (أ): وهذا.

أحدهما جاز في الآخر ، قال: فإن ضرب إنسان بطن إحداهما فألقت جنيناً ميتاً لأقل من ستة أشهر منذ قال ذلك ، فالملقىٰ عبد ففيه ما في العبد ، والآخر حر في بطن أمه ؛ وذلك لأن المولىٰ كان مخيراً في تعيين الحرية ، فلما مات أحدهما لم يبق من يستحقها إلا الآخر[1] .

٢٠٧٠ـ فَصْل:

وإذا كانت جارية بين رجلين ، فأعتق[2] أحدهما الجارية ، عتقت وما في بطنها ، ولا يضمن المعتق من قيمة [٢١٦/أ] الولد [شيئًا][3] وهذا علىٰ ما قدمنا أن الحمل نقص في الأمة[4] ، فلا يلزم به زيادة ضمان ، ولأنها صفة فيها ، والصفات لا تفرد بالضمان.



(١) انظر: الأصل الأصل ١٣٢/٥.

(٢) في (أ): (فإن كانت أمة من رجلين وهي حامل فأعتق).

(٣) في (أ): [شيئاً].

(٤) في (أ) (الآدمية).

باب
العبد يكون بين رجلين فيدبره أحدهما

قال الشيخ رحمه الله[١] : الأصل في هذا الباب أن التدبير تبعيض عند أبي حنيفة ، ولا تبعيض عندهما ، وجه قول أبي حنيفة: أن التدبير عتق معلق بالشرط فيتبعض ، كالعتق المعجل ؛ ولأنه حق الحرية [ونفس][٢] الحرية عنده يتبعض فحقها أولىٰ ، ولا يلزم الاستيلاد ؛ لأنه يتبعض عنده [فيما لا] يمكن نقل الملك فيه ، وعلىٰ قولهما الحرية المعجلة لا تتبعض ، وكذلك المعلقة بالشرط ، ولأن حق الحرية (فيما لا يمكن)[٣] معتبرة بنفس الحرية ، فإذا لم يتبعض أحدهما فكذلك الآخر ، فإذا ثبت هذا قال أبو حنيفة: إذا دبَّر أحد الشريكين وهو موسر فنصيب شريكه علىٰ ملكه ، وله خمس خيارات: إن شاء أعتق ، وإن شاء دَبَّر ، وإن شاء ضَمَّن ، وإن شاء استسعىٰ ، وإن شاء ترك نصيبه علىٰ ملكه ، وإن كان معسراً فلشريكه أربع خيارات: وسقط الضمان ، وقالا: يصير العبد كله مدبراً بتدبير أحدهما ، وهو ضامن لنصيب شريكه موسراً كان أو معسراً ، وهذه الرواية المشهورة.

وقال معلىٰ في نوادره عن أبي يوسف: يسعىٰ المدبَّر المشترك[٤] للذي لم يدبر إذا كان المدبر معسراً سعاية غَلَّةٍ ، لا سعاية ضَمَان ، أما أبو حنيفة فقال:

---

(١) في (أ): (قال الأصل).
(٢) في (أ) (نفس).
(٣) ساقطة ما بين القوسين من (أ).
(٤) في (أ) (المدبر للشريك الذي).



للشريك أن يضمن ؛ لأن شريكه أفسد عليه نصيبه ، ألا ترىٰ أنه لا يتمكن من بيعه ، فهو كالمعتق لنصيبه ، وإن شاء أعتق ؛ لأن نصيبه علىٰ ملكه (وإن شاء دبر ، فيساوي شريكه في التصرف ، وإن شاء استسعىٰ ؛ لأن نصيبه علىٰ ملكه)[1] وقد تعذر بيعه فجاز استسعاؤه ككتابته ، وإن شاء تركه بحاله ؛ لأن الحرية لم تقع جزء منه ، فلم يمنع ذلك بقاء الرق في ملكه فيه ، وأما إذا كان شريكه معسراً ، فلا حق له في الضمان ؛ لأن ضمان التدبير لا يثبت مع الإعسار كما لا يثبت ضمان العتق [معه][2] فبقي أربع خيارات .

وأما هما: فالتدبير عندهما لا يتبعض ، وقد صار جميعه مدبراً بتدبير أحدهما ، وانتقل نصيب شريكه إليه ، فيضمن قيمته موسراً كان أو معسراً ؛ لأن ضمان النقل لا يختلف فيه اليسار والإعسار كالبيع ، والذي قاله معلىٰ فوجهه: أن المدبر لما لزمه الضمان فمنفعة التدبير سلمت للعبد ، فإذا تعذر تضمين المولىٰ سعىٰ العبد كالرهن .

ومعنىٰ قوله: سعاية غلة [لا سعاية ضمان][3] ، يعني: أن كسب المدبر علىٰ ملك مولاه ، فيقضي منه الضمان كما يقضي منه ديونه ، وأما سعاية الضمان فهي التي يستحق بها المستسعىٰ الحرية ، فإن اختار عند أبي حنيفة الذي لم يدبر أن يضمِّن الشريك (فللمضمن أن يرجع بما ضمن علىٰ العبد ؛ وذلك لأن الشريك)[4] كان له أن يستسعيه ، فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له ، فإن أدىٰ عتق ، والولاء

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ).
(٢) الزيادة من (أ).
(٣) الزيادة من (أ).
(٤) ما بين القوسين ساقطة من (أ).




كله للمُدَبِّر ؛ لأن نصيب شريكه انتقل إليه فيعتق على ملكه ، وإن اختار الذي لم يدبره أن يستسعي أو يعتق ، كان الولاء بينهما ؛ لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه[1] .

٢٠٧١ - فَصْل: [تدبير أحدهما وإعتاق الآخر للعبد]

وإذا دبر أحدهما ثم أعتق الآخر وهو موسر ، فللمدبرِّ أن يرجع على المعتق بقيمة نصيبه مدبراً ؛ لأنه أتلفه عليه بالعتق ، ألا ترى أنه كان يستديم الملك فيه إلى حين الموت ، والآن وجب إخراجه إلى الحرية ، فكان له حق التضمين .

قال: ويرجع المعتق بالضمان على العبد ؛ لأن المضمن كان له أن يستسعي العبد[2] ، فلما ضمن شريكه أقامه مقام نفسه ، [فإن أدى فالولاء بينهما ؛ لأن نصيب المدبر يثبت ولاؤه منه][3] .

قال: فإذا ضمن شريكه لم يتغير حكم الولاء بالضمان ؛ لأنه لا ينفسخ فبقي على ما كان عليه ، قال فإن دبر أحدهما وضمنه الآخر ، فالعبد كله في ملك المدبر ، نصيبه الأول مدبراً ونصيب شريكه غير مدبر ؛ لأن نصيب الشريك انتقل إليه بالضمان ، ولم يوجد منه [فيه التدبير][4] ، فإن مات المدبر عتق نصيبه الأول من الثلث ؛ لأن عتق المدبر وصية ، وعتق النصيب الثاني من غير الثلث وذلك لأنه لم يعتق بإعتاقه وإنما وجب إخراجه إلى الحرية ؛ لوقوعها في جزء منه ، فلا

(١) انظر: الأصل ١٧٤/٥ ، ١٧٥ .
(٢) في (أ): يستسعيه .
(٣) الزيادة من (أ) .
(٤) المثبت من (أ) ، و(ب) (تدبير) .

يخرج إلا بعوض[1].

٢٠٧٢ ـ فَصْل: [في تبدير أحدهما واختيار الآخر للعبد]

[قال]: فإن دبر أحدهما واختار الآخر، ترك نصيبه علىٰ حاله ثم مات المدبر، عتق نصيب المدبر ولا ضمان عليه، ويسعىٰ العبد [للحي][2] في نصف قيمته؛ وذلك لأن موت المدبر يوجب عن جميع نصيبه، وذلك يمنع بقاء الرق في الثاني[3]، وإنما لم يثبت الضمان؛ لأنه لم يعتق بفعله وإنما العتق[4] بالموت، وهو من فعل الله تعالىٰ، ويسعىٰ العبد للحي؛ لأنه لا يلزمه إخراجه إلىٰ الحرية بغير عوض، قال: والولاء بينهما؛ لأن نصيب كل واحد منهما عتق علىٰ ملكه.

وعلىٰ هذا الأصل إذا أعتقه أحد الشريكين، ثم دبَّر الآخر، سقط [عنه] الضمان؛ لأنه إنما يثبت له الضمان بشرط نقل نصيبه إلىٰ شريكه، فإذا دبر تعذر النقل فسقط الضمان، وله أن يستسعي حصته[5]؛ لأنه وجب إخراجه إلىٰ الحرية، وليس له أن يبقيه مدبراً؛ لأن الحرية وقعت في جزء منه.

٢٠٧٣ ـ فَصْل: [في تدبير أحدهما وإعتاق الآخر معًا]

قال: فإن دبر أحدهما وأعتق الآخر، وقع[6] ذلك معاً، فهو كذلك عند أبي

---

(١) انظر: الأصل ٥/١٧٨.

(٢) في (ب) (للآخر) والمثبت من (أ).

(٣) في (أ): في الباقي.

(٤) في (أ): عتق بالموت.

(٥) في (أ): نصيبه.

(٦) في (أ): فوقعا معا.

حنيفة ؛ لأن العتق لما لم[(١)] يسبق التدبير لم يجز أن يتعلق به ضمان.

قال: فإن سبق أحدهما ولا يعلم، فقد قال في الأصل: إن المعتق يضمن ربع قيمة المدبر إن كان موسراً، ويسعىٰ المدبر في ربع قيمته، ولم يذكر خلافاً.

قال: وهو استحسان، وهو قول أبي حنيفة، فأما علىٰ قولهما: فالعتق أولىٰ من التدبير.

وجه القياس: أنه لما لم يعلم تقدم العتق أو تقدم التدبير، لم يَتَيَقَّنْ سبب الضمان فلم يجز إيجابه بالشك[(٢)].

وجه الاستحسان: أن العتق إن سبق فالمدبر قد أبرأ المعتق من [٢١٧/أ] الضمان، وإن تأخر العتاق فالمعتق ضامن، وقد سقط ضمان التدبير بالعتق بعده، فإذاً لا ضمان علىٰ المدبر في الحالتين، والمعتق يلزمه الضمان في أحدهما ولا يلزمه في الأخرىٰ، فأوجبوا عليه نصف الأمرين علىٰ أصلنا في اعتبار الأحوال؛ ولذلك ضمن ربع القيمة ويسعىٰ المدبر في الربع الآخر؛ لأن ما تعذر الضمان فيه وجب إخراجه إلىٰ الحرية، أخرج بالسعاية كما لو كان المعتق معسراً.

وأما علىٰ أصلهما: فإن [تقدم] العتق عتق الجميع، وبطل التدبير بعده، وإن تقدم التدبير صار العبد مدبراً وبطل العتق، إلا أن[(٣)] التاريخ لما جهل، حكم بوقوع الأمرين معاً، فكان العتق أولىٰ.



(١) في (أ): ما لم يسبق.
(٢) في (أ): لا يوجد (بالشك).
(٣) في (أ) (لأن).

بَابُ
الجارية تكون بين رجلين فتأتي بولد فيدعيانه أو أحدهما

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ[1]: الأصل في هذا الباب أن أحد الشريكين إذا ادَّعَىٰ ولد الجارية المشتركة فهو علىٰ وجهين: إما أن تكون علقت في ملكهما، أو اشترياها حاملاً، فإن كان العلوق في ملكهما، فلا حَدَّ علىٰ المُدَّعِي؛ لأن الوطء حصل في ملكه وملك شريكه، فليس إيجاب الحد لأجل نصيب شريكه بأولىٰ من إسقاطه لأجل نصيبه[2] والحد يسقط بالشبهة.

٢٠٧٤ - فَصْل: [وجوب العقر وثبوت النسب مع شبهة الملك]

وعليه نصف العقر؛ لأن الحد لما سقط بالشبهة والوطء في ملك الغير لوجب العقْر، ويثبت النسب؛ لأن النسب يثبت مع شبهة الملك، فلأن يثبت في تعيين[3] الملك أولىٰ، ويصير نصيبه في الجارية أم ولد [له]؛ لأنها ولدت من مولاها، فينتقل إليه نصيب شريكه، فتصير أم ولد؛ لأن الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه؛ لأنها حرية متعلقة بالنسب، فلا يتبعض كنفس النسب، وعليه نصف قيمتها؛ لأنا نقلنا إليه ملك شريكه، ولا يجوز أن ينتقل إلا بعوض، ولا عوض إلا القيمة، ولا يدخل العَقر في ذلك[4]؛ لأن العقر ضمان جزء،

(١) في (أ): قال الأصل.

(٢) في (أ): ملكه.

(٣) في (أ): نفس.

(٤) في (أ): لا يوجد (في ذلك).

ونصف القيمة ضمان جزء، وضمان الجزء لا يدخل في مثله.

٢٠٧٥ـ فَصْل: [استواء اليسار والإعسار في الضمان]

ولا يضمن قيمة الولد (حال العلوق)[١]؛ لأنا نقلنا نصيب شريكه إليه بالعلوق، فصار الولد حادثاً علىٰ ملكه، ولأن الولد حال العلوق مما لا قيمة له.

٢٠٧٦ـ فَصْل:

ويستوي في الضمان اليسار والإعسار؛ لأنه ضمان نقل كضمان البيع، وروىٰ معلىٰ عن أبي يوسف: أن المدعي إذا كان معسراً سعت أم الولد؛ وذلك لأن منفعة الاستيلاد سلمت لها، فإذا تعذر تضمين المولىٰ سعت فيه، وقد بينا قوله في المدبرة وأنها تسعىٰ، إلا أنه فصل بينهما من وجه فقال الذي إن المدبرة تسعىٰ في ضمانها وفي ديون مولاها، تبتدئ بالضمان الذي لزم لأجلها، ولا تسعىٰ أم الولد إلا في الضمان المتعلق بها، وذلك لأن أم الولد لا يلزمها السعاية بعد الموت في ديون مولاها، (فإن مات أحد الولدين قبل الآخر فلم يلتفت إلىٰ ذلك، وهذا إنما يريد به إذا مات أحد الولدين مع بقاء الأمتين، لم يتعلق بموته حكم التعيين في الحرية)[٢]، وكذلك لا يلزمها في حال الحياة، والمدبرة تسعىٰ بعد موت مولاها في ديونه، فيجوز أن تسعىٰ في حال الحياة.

٢٠٧٧ـ فَصْل: [نسب الولد فيما إذا اشتريا الأمة وهي حامل]

وأما إذا اشترياها وهي حامل فولدت فادعاه أحدهما ثبت نسبه، وضمن

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

نصف قيمة الأمة موسراً كان أو معسراً، فأما الولد فكعبد بين شريكين أعتقه أحدهما؛ وذلك لأن ابتداء العلوق لم يكن في ملكهما، فلم يجز إسناد الدعوىٰ إلىٰ حال العلوق، إلا أنه ادعىٰ نسب ولد بعضه علىٰ ملكه، ودعوىٰ الملك كعتاق موقع، ولو أعتق هذا الولد ضمن نصيب شريكه منه، إن كان موسراً، ولم يضمن إن كان معسراً، فكذلك هذا، فأما الأم فقد اعترفت بالاستيلاد في نصيبه، فيقبل اعترافه في ملكه، وحق الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه، فتصير كلها أم ولد، ويضمن نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً؛ لأن ضمان النقل يستوي فيه اليسار والإعسار، وليس هذا كالتي علقت في ملكها؛ لأنا لما أسندنا الدعوة سقط الضمان؛ لأنه حين الثبوت لا قيمة له، وهاهنا لا تستند الدعوة فلا بد من إفراد الولد بالضمان ولا عقر عليه؛ لأنه وطئها قبل الشراء، فليس لشريكه عقد وطء لم يوجد في ملكه[1].

٢٠٧٨ ـ **فَصْل: [دعوىٰ الولد فيما إذا حملت الجارية علىٰ ملكهما]**

فإذا حملت الجارية علىٰ ملكهما فادعياه جميعاً فهو ابنهما [جميعًا][2] والجارية أم ولدهما، ولا يضمن واحد منهما (من قيمة الأم شيئاً، ويضمن كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصاً، أما النسب فيثبت منهما)[3] وقال الشافعي: يرجع إلىٰ القافة.

لنا: ما روي أن عمر بن الخطاب كُتب إليه في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه، فقال عمر: (هو ابنهما لَبَّسا فلُبِّسَ عليهما ولو بَيَّنَا لبُيِّنَ لهما، هو

---

(١) انظر: الأصل ١٤٨/٥.

(٢) الزيادة من (أ).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من (أ). وقول الشافعي في المنهاج ص٥٨٤.

ابنهما يرثانه ويرثهما، وهو للباقي منهما)[١]، وذلك بحضرة الصحابة من غير[٢] نكير. وروي عن علي مثله، ولا مخالف لهما؛ ولأنهما تساويا في سبب الاستحقاق فلا يقدم أحدهما على الآخر، كالابنين إذا أقام كل واحد منهما البينة بالنسب، وإنما صار نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولد[٣]؛ لأن نسب ولدها ثبت منه، فصار كالمنفرد بالدعوة، إنما لم يضمن أحدهما للآخر شيئاً؛ لأن كل واحد منهما لم ينقل نصيبه إلى شريكه، وقد وجب لكل واحد منهما على شريكه[٤] نصف العقر قصاصاً بالآخر[٥].

٢٠٧٩ـ فَصْل: [ادعاء أكثر من اثنين في الولد]

قال: وكذلك إن كانت الأمة بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة، فادعوه جميعاً معاً[٦] فهو ابنهم جميعاً ثابت نسبه منهم، والجارية أم ولد لهم، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: [٢١٨/أ] لا يثبت النسب من أكثر من اثنين، وقال محمد: [يثبت من][٧] ثلاثة.

لأبي حنيفة: أنهم تساووا في سبب الاستحقاق [فلا يقدم أحدهم على

---

(١) انظر: الأصل رواه عبد الرزاق في المصنف ٣٦٠/٧؛ والبيهقي في الكبرى ٢٦٤/١٠؛ ومحمد بن الحسن في الأصل بإسناده ١٥٠/٥. انظر: نصب الراية ٢٩١/٣؛ والدراية ٨٨/٢.
(٢) في (أ): (خلاف ونكير).
(٣) في (أ): له.
(٤) في (أ): صاحبه.
(٥) انظر: الأصل ١٤٩/٥.
(٦) في (أ): لا يوجد (معا).
(٧) الزيادة من (أ).

الآخر][1] كالاثنين، ولأن ما جاز أن يثبت من الاثنين جاز مما زاد عليهما كالأملاك والوصايا.

لأبي يوسف: أن القياس ينفي ثبوت النسب لأكثر من واحد[2]، وإنما تركنا القياس في الاثنين لحديث عمر، فما زاد عليه على أصل القياس.

وجه قول محمد: أن الحمل الواحد، يجوز أن يكون ثلاثة أولاد، معتاد، أو كل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء منفرد، فكذلك الولد الواحد، يجوز أن يخلق من ماء ثلاثة ويلحق بهم، وقد جاء عن إبراهيم: أنه أثبت النسب من ثلاثة، وما زاد على ذلك ليس بمعتاد في الحمل، ولا ورد به أثر فلم يثبت.

٢٠٨٠ـ فَصْل: [ثبوت النسب مع اختلاف لإنصباء في الجارية]

قال: فإن كانت الأنصباء مختلفة، وكان لأحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث، وللآخر ما بقي، فالولد ابنهم جميعاً؛ لأن نصيب كل واحد منهم لو انفرد تعلق به ثبوت النسب فيساوي الآخر، وأما الاستيلاد فتصير أم ولد لكل واحد منهم[3] على قدر نصيبه، لا يتعدى [استيلاده][4] إلى نصيب غيره؛ (لأن كل واحد منهم يثبت الاستيلاد منه في نصيبه، فلم يجز أن يثبت استيلاد من اثنين)[5]، [فإذا ثبت من أصل أبي يوسف: أنه لا يثبت أكثر من اثنين][6] ومن

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (أ): (يمنع ثبوت نسب الولد).

(٣) في (أ): (فتصيب كل واحد منهم أم ولد له).

(٤) الزيادة من (أ).

(٥) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

(٦) الزيادة من (أ).




أصل محمد: أنه لا يثبت من أكثر من ثلاثة، فإذا ادعوا أكثر من ذلك لم يكن بعضهم[1] بثبوت النسب أولىٰ من بعض، فوقفت الدعوة [علىٰ] بلوغ الصبي وتصديقه[2] من شاء منهم، [كمن][3] ادَّعَىٰ في غير ملكه وقفت دعواه علىٰ التصديق، وإن كانا اشترياها وهي حامل فولدت فادعياه فهو ابنهما، ولا عقر لواحد منهما علىٰ صاحبه؛ وذلك لأن الدعوىٰ صادفت ملكهما فتثبت، ولا يختلف في هذا دعوة الملك ودعوة الاستيلاد؛ لأنا لا ننقل نصيب أحدهما إلىٰ الآخر وإنما يختلفان في فصل واحد، وهو أن الولاء يثبت علىٰ ولد الجارية المشتراة؛ لأنه ليس بِحُرّ الأصل، ولا يثبت في[4] ولد الجارية إذا حملت في ملكهما (لأنه حر الأصل)[5].

٢٠٨١ - فَصْـل: [الدّعوة بين الحر والعبد في الولد]

وإذا كان أحد الشريكين حراً والآخر عبداً فادعياه، فالدعوة دعوة الحر؛ لأن الحر له ملك والعبد له حكم الملك، والحر يثبت له [حكم] الولاية علىٰ الولد، والعبد لا يثبت له عليه ولاية، والولد في يد وليه، فكأنهما ادعياه وهو في يد أحدهما.

٢٠٨٢ - فَصْـل: [في الدِّعوة بالولد إذا كان أحد الشريكين مسلماً والآخر ذمياً]

فإن كان أحد الشريكين مسلماً والآخر ذمياً، فقد ذكر في الأصل في كتاب

---

(١) في (أ) (فليس بعضهم).

(٢) في (أ): ليصدق

(٣) المثبت من (أ)، وفي (ب) (فمن).

(٤) في (أ): علىٰ

(٥) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

الدَّعوة والمكاتب: أن الولد للمسلم، وحكىٰ الحسن عن زفر: أن الولد بينهما[1] وهو قول أبي حنيفة.

وجه قولهما[2]: أن المسلم ثبت له ولاية علىٰ ابنه، والكافر لا يثبت له ولاية علىٰ هذا الولد؛ لأنه صار مسلماً بإسلام الآخر، وقد بيَّنَّا أن الولد في يد من يلي عليه حكماً، فكأنهما ادعياه وهو في يد المسلم.

وجه قول زفر: أنهما تساويا في الملك في صحة الدعوىٰ، فثبت النسب منهما كالمسلمين.

٢٠٨٣ ـ فَصْل: [الدعوة بين الحر والمكاتب في الولد]

وكذلك إذا كانت[3] الدعوة بين حر ومكاتب فالحر أولىٰ؛ لأن دعوته تثبت لها الحرية، ودعوة المكاتب تثبت لها الرق، فدعوة الحر أنفع، والقولان إذا اجتمعا في الصغير، فالأنفع [له] أولىٰ.

٢٠٨٤ ـ فَصْل: [الدعوة بين عبد مسلم وحر كافر في الولد]

فإن كانت الدعوة[4] بين [عبد] مسلم وبين حر كافر، فالكافر أولىٰ؛ لأن الولد يستفيد بدعوته الحرية، وبدعوة العبد الإسلام، والحرية أنفع له؛ لأنه لا [يقدر أن] يستفيدها[5] بنفسه، وهو يستفيد الإسلام بنفسه، فكانت دعوة الحر أنفع له.

---

(١) في (أ): (ابنهما).

(٢) في (أ): (قولهم).

(٣) في (أ): (إن كان بين حر).

(٤) في أ (الجارية).

(٥) في (أ): يستفيد.

٢٠٨٥ ـ فَصْل: [الدعوة بين ذمي ومرتد في الولد]

فإن كان بين ذمي ومرتد فادعياه فالمرتد أولىٰ؛ لأن ولده محكوم له بالإسلام، فصار كالمسلم.

٢٠٨٦ ـ فَصْل: [سبق أحد الشريكين في الدعوة]

قال: فإن سبق أحد الشريكين في الدعوة في الفصول المتقدمة، فالولد لمن كان منهما [أسبق][(١)]؛ وذلك لأنه انفرد بالدعوىٰ مع وجود الملك في الأم، فثبت النسب والاستيلاد، فلم تقبل دعوة الآخر، (وجه قول أبي يوسف: أن دعوة المولىٰ في ولد جارية مكاتبه أقوىٰ من دعوة الأب، فإذا لم يثبت الاستيلاد هناك، فهاهنا أولىٰ، والجواب أن المكاتب لا يثبت في ماله التبرع، فلو أثبتنا الاستيلاد لنقلنا الجارية والولد بقيمة الأم، وهذا تبرع بأحدهما فلا يصح، والولد يثبت في ماله التبرع، فجاز أن يثبت الاستيلاد فينتقل الشخصان بقيمة أحدهما، وكان أبو بكر الرازي يقول: لا شبهة للمولىٰ في مال المكاتب، وإنما شبهته في رقبته، بدلالة أن كسب المكاتب الأداء بحاله ولا شبهة فيه وشبهة الأب في مال الابن.

٢٠٨٧ ـ فَصْل: [تتمة المسألة السابقة]

وعليه قيمتها موسراً كان أو معسراً؛ لأنا نقلناها إليه من مال الابن فلا يجوز نقل ملك الابن من غير عوض بغير حاجته ويستوي فيه اليسار والإعسار؛ لأنه ضمان نقل كالبيع.

---

(١) الزيادة من (أ).



٢٠٨٨ ـ فَصْل: [دعوة المولىٰ في ولد جارية مكاتبة]

ولا يعتبر في ذلك تصديق الابن، وقالوا في المولىٰ إذا ادعي ولد جارية مكاتبه، لم يثبت النسب إلا بتصديق المكاتب، والفرق بينهما أن المولىٰ منع نفسه بعقد المكاتبة من التعرض لاكتساب مكاتبه بغير إذنه، وفي الدعوة استحقاق بعض كسبه، فوقف ذلك علىٰ تصديق المكاتب، فأما الأب فلم يعقد علىٰ نفسه عقداً منع به نفسه من التصرف في مال ولده؛ فلذلك لم تقف دعوته علىٰ تصديقه، وكان أبو بكر يفرق بينهما بالفرق الآخر: أنه لا شبهة للمولىٰ في مال المكاتب، وإنما شبهته في رقبته.

٢٠٨٩ ـ فَصْل: [تداخل القيمة والعقر في الجارية المشتركة]

ولا عقر علىٰ الأب لأنه غرم جميع القيمة، وضمان العقر ضمان الجزء، فإذا تعلق ضمان الكل بسبب واحد دخل الأقل في الأكثر، كمن قطع يد رجل فمات، وليس هذا كالجارية المشتركة إذا ادعىٰ أحد الشريكين ولدها أنه يغرم نصف القيمة ونصف العقر؛ لأن نصف القيمة [٢١٩/أ] ضمان جزء، والعقر ضمان جزء فلا يدخل أحدهما في الآخر.

٢٠٩٠ ـ فَصْل: [ضمان قيمة الولد]

ولا يضمن قيمة الولد؛ لأنا نقلنا الجارية إليه بالعلوق، فملكها حينئذٍ فصار العلوق علىٰ ملكه؛ وذلك لأن الولد في ذلك الوقت ما لا قيمة له.

٢٠٩١ ـ فَصْل: [الحريّة والولاء في الولد]

والولد حر الأصل لا ولاء عليه؛ لأنه لما ملك الأم بالعلوق صار العلوق




على ملك الواطئ، فلا يثبت عليه، ولا يجب قيمة الجارية يوم العلوق؛ لأنها انتقلت إليه في ذلك الوقت، فاعتبر قيمتها يوم العلوق.

٢٠٩٢ـ فَصْل: [ثبوت لاستيلاد ووجوب العقر]

وأما أبو يوسف إذا لم يثبت الاستيلاد أوجب العقر؛ لأن الوطء التام لا يخلو عن حدٍ أو مهر، وقد سقط الحد للشبهة فبقي المهر، وإنما جعل أبو حنيفة ضمان المهر داخلاً في ضمان القيمة، فإذا أوجبت القيمة لم تجب المهر، وعند أبي يوسف: نفي العقر بحاله وعليه قيمة الولد؛ وذلك لأنا نقلناه إليه من ملك ولده، فلا بد من إيجاب القيمة، ويعتبر قيمته يوم ولد؛ لأن التمليك فيه لا يصح إلا بعد الولادة، فاعتبر قيمته يوم الولادة، قال: ولا يكون ولاؤه لأخيه؛ لأن النسب عنده لا يثبت إلا بغير النقل، فلا يعتق على الآخر لعدم ثبوت النسب وهو في ملكه، فلا يثبت له الولاء)[١].

٢٠٩٣ـ فَصْل: [في رجلين اشتريا زوجة أحدهما فجاءت بولد بعد شهر]

وروى ابن سماعة عن محمد: في رجلين اشتريا زوجة أحدهما، فجاءت بولد بعد شهر، ثبت [نَسَبه من الزوج وإن لم يدّعه، وعليه نصف قيمة الأم؛ وذلك لأنها مفتدة حين فسد نكاحها بالشراء، فيثبت] نسب ولدها بغير دعوة، ويضمن نصف قيمة [الأم][٢]؛ لأن الاستيلاد يسري فيها، ولا يضمن قيمة الولد؛ لأنه لم يعتق بفعله، وليس كذلك التي ليست بزوجة إذا اشترياها؛ لأن الولد إنما عتق بالدعوة، فهي كعتق موقع فتعلق به الضمان.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

(٢) في (ب) (الآخر)، والمثبت من (أ).

٢٠٩٤ ـ فَصْل: [ولد من جارية بين مكاتب وحر، فادّعىٰ المكاتب الولد]

قال في كتاب المكاتب من الأصل، وكتاب الدعوىٰ: إذا كانت بين مكاتب وحر جارية فجاءت بولد، فادَّعاه المكاتب وحده ضمن قيمتها، وصارت أم ولد له، وقال أبو يوسف: لا تكون أم ولد، ونصيب الشريك بحاله يستخدمها يوماً والمكاتب يوماً، فإن عجز المكاتب باعها.

وجه قولهما: أن المكاتب وإن لم يملك جاريته فهو فيها كالحر من وجه، ألا ترىٰ أنه لا يملك بيعها ما دام مكاتباً لحرمة الاستيلاد، فصار كالحر، فينتقل نصيب شريكه إليه.

لأبي يوسف: أن الاستيلاد لم يثبت في نصيبه، بدلالة أنه إذا عجز باعها، فلا يجوز أن يسري حق لم يثبت، إلا أنه يجوز له بيع نصيبه؛ لثبوت حق الاستيلاد فيه؛ فتخدمه يوماً ويوماً لشريكه.

وهذا الذي قاله ليس بصحيح؛ لأن الاستيلاد وإن لم يستقر في نصيبه فقد أفسد علىٰ شريكه نصيبه، ألا ترىٰ أنه لا يقدر علىٰ بيعه في قولهم، فصار كالاستيلاد الثابت، قال أبو يوسف: فإن أدىٰ المكاتب صارت أم ولد له وضمن نصف قيمتها؛ لأنه ملك نصيبه، واستقر الاستيلاد فيه، وسرىٰ إلىٰ نصيب شريكه[1].

٢٠٩٥ ـ فَصْل: [النسب فيما إذا وطئ الأب جارية ابنه بنكاح]

(فإن وطئ الأب جارية ابنه بنكاح صحيح أو فاسد، ثبت النسب منه وعتق

---

(١) انظر: الأصل: الأصل ٥/٢٣٩.

على أخيه بالقرابة، والأصل في هذا: أن الأب يجوز أن يتزوج عندنا بجارية ابنه، وقال الشافعي: لا يجوز.

لنا أن شبهة الأب في مال الابن إن منعت الأب من النكاح، منعت الابن من الوطء، كشبهة المولىٰ في مال مكاتبه. وإذا صَحَّ النكاح فجاءت بولد ثبت نسبه بالفراش ولا يثبت الاستيلاد؛ لأنه لا حاجة بالأب إلىٰ ذلك، ألا ترىٰ أن النسب يثبت بغيره إذا كانت بين مكاتب وحر فادَّعَاه المكاتب وحده، ضمن نصف قيمتها وصارت أم ولد له)[١].

٢٠٩٦ـ فَصْل: [دعوة أحد الأخوين ولد أمةٍ اشترياه حاملاً]

قال ابن سماعة: لو اشترىٰ أَخَوان أَمَةً حاملاً، فجاءت بولد، فادعاه أحدهما، فعليه نصف قيمة الولد؛ وذلك لأنه عتق بالدعوة، ولم يعتق علىٰ عمه بالقرابة، ألا ترىٰ أن نسبه لم يتقدم الدعوة، وإنما يسقط قيمة الولد عن الأب إذا تقدمت القرابة؛ لأنه يعتق علىٰ العم بالملك، وهذا المعنىٰ لم يوجد هاهنا، فلزمه ضمان القيمة)[٢].



(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (أ).




بَابُ
دعوة الأب ولد جارية ابنه

قال أبو الحسن: وإذا جاءت أمة الرجل بولد فادعاه أبوه، فهو ابنه ثابت النسب منه صدقه الابن أو كذبه، ادعى الأب شبهة أو لم يدع.

قال الشيخ رحمه الله: والأصل في هذا أن الأب إذا وطئ جارية الابن وهو يعلم بالتحريم أو لا يعلم، فلا حَدَّ عليه؛ لأن له شبهة مِلْكٍ فيها؛ بدلالة قوله ﷺ: (أنت ومالك لأبيك)[1]، وأقل أحوال هذه الإضافة: أن تفيد شبهة المِلْكِ، ولأنه قال ﷺ: (إن أطيب ما أكل[2] الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه، فكلوا من كسب أولادكم)[3]، وإذا أضيف مال الولد إلى الأب، فإن[4] كسبه صار ذلك شبهة، وشبهة الملك كنفس الملك في حق إسقاط الحد، كما أن شبهة الملك في النكاح كنفس [النكاح][5]، ولأنه لو قتلها عمداً بغير شبهة لم يقتص منه فلم يجب بوطئه لها حد، كجارية نفسه، وإنما يستوي في ذلك دعوى الشبهة وغيرها؛ لأن الشبهة في نفس الموطوءة، والدعوى إنما يحتاج إليها إذا كانت الشبهة في الفعل.

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٢/١٧٩؛ وابن حبان في صحيحه، ١٠/٧٥؛ وابن ماجه في السنن (٢٢٩١)؛ والبيهقي في الكبرى، ٧/٤٨٠.

(٢) في (أ): ما يأكل

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩٢)؛ والبيهقي في الكبرى، ٧/٤٨٠.

(٤) في (أ): بأنه

(٥) في (ب) (الملك)، والمثبت من (أ).

٢٠٩٧ - فَصْل: [شبهة الملك في ثبوت النسب]

ويثبت النسب إذا كانت في ملك الابن من وقت العلوق إلىٰ حين الدعوة ؛ وذلك لما بينا أن له شبهة ملك فيها ، وشبهة الملك كالملك في ثبوت النسب ، كما أن شبهة النكاح كالنكاح ، ألا ترىٰ أن كل واحد من الملك والنكاح سبب ، في ثبوت النسب فإذا كانت شبهة في أحدهما فكذلك في الآخر .

٢٠٩٨ - فَصْل: [هل الاستيلاد يثبت النسب ؟]

[٢٢٠/أ] وتكون الجارية أم ولد له ، وروي عن أبي يوسف وهو(١) الذي استقر عليه آخر قوله إن الاستيلاد لا يثبت .

لنا: أن الأب محتاج إلىٰ نقل الجارية إلىٰ نفسه ليثبت نسب ولدها منه ، وما يحتاج الأب إليه من مال ابنه كان له أخذه بغير رضاه كمقدار طعامه وشرابه وكسوته ، ولأن الأب كان يملك نقل هذه الجارية إلىٰ نفسه للاستيلاد في حال صغر الولد ، وحق الاستيلاد لا ينفسخ ، فلم ينزل ملكه عن ذلك بالبلوغ .

وجه قول أبي يوسف: أن دعوة ما لا حاجة بالأب إليه من مال الابن ، لا يثبت حقه فيه ، ويعتق علىٰ أخيه ؛ لأن نسبه ثابت في حال ملك الابن ، ومن ملك أخاه عتق عليه وكان ولاؤه له .

٢٠٩٩ - فَصْل: [الاستيلاد حرمة متعلقة بالنسب]

قال: وإن ملك الأب الجارية صارت أم ولد له ، والأصل في هذا: إن وطئ جاريته بنكاح أو شبهة فثبت نسب ولدها منه ثم ملكها ، صارت أم ولد له ، وقال

---

(١) في (أ): أن الذي

الشافعي: لا يثبت الاستيلاد.

لنا: أن الاستيلاد حرمة متعلقة بالنسب، وحكم النسب يجوز أن يثبت في ملك الغير، فإذا ملك استقر كمن ادَّعىٰ نسب عبد غيره، وكذلك حرمة الاستيلاد، ويجوز أن يثبت في ملك الغير ويستقر بالملك، ولأن نسب ولد مملوكته ثابت منه، فيثبت لها الاستيلاد كما لو علقت في ملكه.

٢١٠٠ ـ فَصْل: [ثبوت نسب الأب من أم ولدٍ للابن]

قال: فإن كانت الجارية أم ولد للابن أو مدبرة فجاءت بولد فادَّعاه، وقد نفىٰ الابن ولد أم الولد، فإن النسب لا يثبت من الأب في رواية محمد في كتاب الدعوىٰ وغيره، إذا كانت الأمة في حال لا تنتقل إلىٰ الأب بالقيمة فالدعوة باطلة، ويضمن الأب العقر، وهذا ظاهر علىٰ أصل أبي حنيفة ومحمد؛ لأن من أصلهما: أن النسب يثبت بانتقال الأم إليه عند العلوق، فإن كانت بصفة لا تنتقل بعد ثبوت النسب لتعذر نسبه.

وروىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف: أن نسب ولد المدبرة يثبت، وعلىٰ الأب قيمته مدبراً وعليه العقر، وهو مولىٰ لأخيه، ولا يثبت نسب ولد أم ولده وإن نفاه الابن، وهذا صحيح علىٰ أصله: أن ثبوت النسب لا يقف علىٰ ثبوت الاستيلاد، فتعذر ذلك في المدبرة لا يمنع ثبوت نسب ولدها وعليه العقر؛ لأنه يسقط الحد بوطئها فوجب المهر، وعليه قيمة الولد مدبراً؛ لأنا نقلناه إليه من ملك الابن فلا ينتقل إلا بعوض، ويضمن قيمته مدبراً؛ لأنه أتلفه عليه ناقصاً بالتدبير، فيضمن قيمته مع النقصان، قال: وولاؤه لأخيه؛ لأن ولاء أولاد المدبر ثابت من المولىٰ، فالتدبير والولاء لا يلحقه الفسخ، وأما ولد أم ولده فقد حدث



علىٰ فراش الابن، وذلك يمنع من ثبوت نسبه من غيره وإن انتفىٰ عنه، كولد الزوجة إذا انتفىٰ باللعان، لم يثبت من غير الملاعن.

٢١٠١ ـ فَصْل: [تصديق الابن الأب في ولد المدبرة وأم الولد]

قال: فإن صدق الابن الأب في ولد المدبرة وأم الولد، وقد كان نفاه ثبت النسب من الأب وعتق، وولاؤه للابن، وهذا تفريع علىٰ قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن أبا يوسف لا يحتاج إلىٰ التصديق في ولد المدبرة، وإنما يثبت عندهما بالتصديق؛ لأنه علىٰ ملك الابن فهو كعبد الأجنبي إذا ادعاه رجل فصدقه مولاه، ثبت النسب ويعتق بتصديق الابن؛ لأنه اعترف أنه ملك أخاه، وولاؤه للابن؛ لما بينا أن الولاء لا ينتقل.

٢١٠٢ ـ فَصْل: [ثبوت النسب في انتقال الملك]

فإن ادَّعَىٰ ولد مكاتبه لابنه، لم يجز الدعوة في قولهم جميعاً؛ وذلك لأنه لا يملك النقل فيهما ومن أصل أبي حنيفة ومحمد: أن ثبوت النسب موقوف علىٰ انتقال الملك في الأم، قال: فإن عجزت فقوله مثل قولهما إذا ادَّعَىٰ ولد الأمة؛ لأن النقل ممكن فكأنّ الكتابة لم تكن.

٢١٠٣ ـ فَصْل: [دعوة الأب بالولد بعد خروج الجارية من ملك الابن]

وإن خرجت الجارية عن ملك الابن ثم جاءت بولد بعد ذلك بيوم فادعاه الأب، فدعواه باطلة؛ وذلك لأن ثبوت النسب موقوف علىٰ بقاء ولايته في مال ابنه، وقد زال ذلك بزوال ملك الابن، ولأن الابن لو ادعىٰ ولد هذه ثبت منه بحق ملكه، فلا يثبت لأبيه بالشبهة في ماله كما لو بيعت داره وابنه شفيعها لم

يثبت للأب أخذها بالشفعة؛ لثبوت حقه في مال الابن، وإن ثبت ذلك للابن قال: وكذلك إن كان العلوق في ملك الأجنبي ثم اشتراها الابن فولدت في ملكه فادعاه الأب، فإن ذلك لا يجوز، وكذلك لو علقت في ملك الابن ثم باعها ثم اشتراها الأب، فولدت في ملكه فادعاه الابن، فإن ذلك لا يجوز، وكذلك لو علقت، ولا تجوز الدعوة حتى تكون الجارية من حين حملت إلى حين وضعت في ملك الابن، ويكون الأب ممن له ولاية على الابن من حين علقت إلى حين ادَّعَى؛ وذلك لأن النسب يثبت في حال الدعوة ويستند إلى حال العلوق، فلا بد من اعتبار الطرفين وما بينهما، وإذا كان في حال من الأحوال لا ملك للولد أو لا ولاية للأب، لم يمكن أن يستند الدعوة فسقطت، فيدخل في هذا الأصل إذا كان الأب كافرًا وأسلم أو عبداً فأعتق، فأما إذا كان معتوهاً فأفاق فالقياس أن لا يجوز دعوته؛ لأن ولايته زالت بالجنون في حال من أحوال العلوق، فهو كعدم ولايته بالرق والكفر، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: يجوز دعوته؛ وذلك لأن المجنون بصفة من يثبت له الولاية [٢٢١/أ] وإنما لا يتعلق بقوله حكم، فإذا أفاق صار كالصحيح إذا أفاق من الإغماء.

٢١٠٤ ـ فَصْل: [دعوة الأب المرتد ولد جارية ابنه]

فإن ارتد الأب وادّعى ولد جارية ابنه، فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة، فإن أسلم جازت، وإن قتل على ردته بطلت؛ وذلك لأن تصرفه موقوف عنده في أملاكه، يصح بإسلامه؛ فلأن يقف تصرفه فيما له فيه بشبهة ملك أولى، وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فيجوز دعوته؛ لأن تصرف المرتد عندهما كتصرف المسلم. وهذا الخلاف قد ذكره في جامع الكبير.

٢١٠٥ ـ فَصْـل: [دعوة الأب ولد جارية ابنه مع اختلاف الدين]

وقد قال محمد في إملاء الكيساني: لو كان الجد نصرانياً وأم الابن مسلمة لم تجز دعوة الأب ولد جارية ابن ابنه، وإن ادعاه الجد والأب فالأب أولىٰ؛ وذلك لأن المسلم يثبت له ولاية علىٰ ابنه النصراني، وبقاء ولاية الابن يمنع من دعوة الجد، فإذا ادعيا كانت دعوة الأب أولىٰ.

٢١٠٦ ـ فَصْـل: [دعوة الأب ولد جارية ابنه الميتة]

قال ونظير ما تقدم ما قال محمد في نوادره: أن الأب إذا ادعىٰ ولد جارية ابنه الميتة ثبت نسبه، وضمن قيمة الأم؛ وذلك لأن النسب ثبت من حين العلوق، والنقل ممكن في ذلك الحال، فيثبت النسب وصار كأن الميتة علىٰ ملكه.

٢١٠٧ ـ فَصْـل: [دعوىٰ الجد في ولد أمة حفيده]

قال: ودعوىٰ الأب والجد ولد أمة ابن ابنه بمنزلة دعوىٰ الأب؛ وذلك؛ لأن الجد له شبهة ملك في مال ابن ابنه، ألا ترىٰ أنه لا يجب القصاص لقتلها ولا الحد بوطئها، وقد قالوا إن من شرط هذه الدعوة أن يكون الأب ميتاً قبل العلوق، أو يكون حياً ممن لا ولاية له من وقت العلوق إلىٰ حين الدعوة، فإن ثبت للأب ولاية في شيء من هذه المدة، لم يجز دعوة الجد، أما مع بقاء ولاية الأب فدعوة الجد غير مقبولة؛ لأنه لا ولاية له في مال الابن فهو كالأجنبي، وإذا مات الأب فالولاية للجد وصار كالأب، وكذلك إن كان الأب حياً لا ولاية له مثل الكافر والعبد والمكاتب؛ لأن الولاية هاهنا للجد فصحت دعوته، فإن أسلم الذمي أو عتق المكاتب أو العبد قبل الدعوة لم تقبل؛ لأن ولاية الجد سقطت في حال من أحوال العلوق، وكذلك إن كان الأب معتوهاً من حين العلوق إلىٰ حين

الدعوة فدعوة الجد مقبولة ؛ لما بينا ، فإن أفاق المعتوه ثم ادعىٰ الجد فدعوته باطلة ؛ لما بينا أن ولاية الجد إذا سقطت لم تقبل دعوته.

٢١٠٨ - فَصْل: [دعوة الجد ولد الجارية حفيده مع كون أبيه مرتدًا]

وإن كان الجد والابن مسلمين والأب مرتد ، فإن محمداً قال في الجامع الكبير: إن دعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة ، فإن قُتِل الأب علىٰ ردته أو مات صَحَّتْ ، وإن أسلم بطلت ؛ لأن ولاية المرتد عنده موقوفة كتصرفه ، فأما علىٰ أصلهما: فدعوة الجد باطلة ؛ لأن تصرف المرتد غير موقوف فحكم ولايته باقٍ.

٢١٠٩ - فَصْل: [جارية بين الأب وابنه فجاءت بولد فادَّعَيَاه]

قال: فإن كانت جارية بين الابن وبين أبيه ، فجاءت بولد فادعياه ، فهو ابن الأب دون الابن استحساناً ، ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها ، ويضمن الأب نصف العقر ، فيكون قصاصاً ، وكذلك إن ادعاه الأب وحده ، فإنه يضمن نصف قيمتها ونصف عقرها.

وقال زفر: إذا ادعاه الأب والابن فهو ابنهما ، وجه قولهم: إن دعوة الأب مقبولة في نصيبه وله شبهة ملك في النصف الآخر ، ودعوة الابن مقبولة في نصيبه ولا شبهة له في النصيب الآخر ، فصارت دعوة الأب أقوىٰ لنفوذها في النصيبين ، فكانت أولىٰ.

وجه قول زفر: أن دعوته لشبهة الملك ساقطة مع دعوة الملك ، ألا ترىٰ أن الأب لو ادَّعىٰ ولد جارية الابن فادعاه الابن ودعوتهما معاً ، كانت دعوة الابن أولىٰ ، فإذا سقطت دعوته في نصيب ابنه ، صارا كالأجنبيين المشتركين في



الجارية إذا ادعيا نسب ولدها ثبت النسب منهما، وإذا ثبت هذا، قال أصحابنا: يضمن نصف قيمة الجارية؛ لأنها انتقلت إليه، ألا ترىٰ أن الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه، ويضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر؛ لأنه اعترف بوطئها فيصير أحد الأمرين قصاصاً بالآخر.

٢١١٠ ـ فَصْل: [دعوة الابن والأب والجد ولد جارية بينهم]

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف يقول في رجل وطئ جارية بين رجل وبين ابنه وجَدِّه، فجاءت بولد فادَّعَوْه كلهم، قال: الجد أولىٰ ويضمن ثلثي قيمتها لصاحبه وثلثي عقرها؛ وذلك لأن دعوة الجد مقبولة في نصيبه ونصيب ابنه، ودعوة الأب غير مقبولة في نصيب الجد، وكذلك دعوة ابن الابن والأجنبي، فكان الجد أولىٰ ويضمن ثلثي قيمتها؛ لأنها انتقلت إليه بالدعوة، ألا ترىٰ أن حق الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه، قال: فإن صدقهما أنهما وطئاها فعليهما مهر تام ولا يقربها؛ وذلك لأنا نقلناها إليه بالعلوق وقد وطئاها، وهي أم ولده ولا يقربها؛ لأنها حرمت عليه بوطئ ابنه، وإن لم يصدقهما علىٰ الوطء فلا شيء عليهما في المهر؛ لأنه أبرأهما من الضمان حين كذبهما في الاعتراف، ولا يحل له قربانها؛ لأنهما ادعيا وطأها وهي علىٰ ملك الابن، ومن اعترف بالوطء في ملكه حرمت علىٰ أبيه إن كذبه في الوطء؛ لأنه اعترف بما يملك، وليس كذلك إذا ادعىٰ الابن أنه وطئ جارية لا يملكها، وكذبه أبوه في ذلك أنها لا تحرم عليه؛ لأن الابن لم يعترف بما يملك، فلم يصدق في التحريم علىٰ الأب إلا أن يصدقه الأب[1].

---

(١) انظر: الأصل ١٤٧/٥ وما بعدها.

بَابُ
الأمة تكون بين رجلين فيقِرُّ أحدهما أنها أم ولد لصاحبه

قال أبو الحسن: إذا كانت الأمة بين رجلين فأقر أحدهما أنها أم ولد لصاحبه، فإن أبا حنيفة قال: يبطل حق الشاهد في رقبتها معسراً [المشهود عليه][1] كان أو موسراً، وتخدم المشهود عليه يوماً، ويرفع عنها يوماً، فإن مات المشهود عليه سعت لورثته، [٢٢٢/أ] وكانت في حال السعاية كالمكاتبة، فإن أدَّتْ عتقت وكان نصف ولائها للمشهود عليه «والنصف لبيت المال، وهو قول أبي يوسف الأول، وقال محمد: تسعىٰ السعاية في نصف قيمتها للمشهود عليه»[2] وهي حرة إذا أدت.

قال الشيخ رحمه الله: ذكر محمد رجوع أبي يوسف في الأصل إلىٰ قول أبي حنيفة، وذكر في الجامع الصغير قوله وقول أبي حنيفة ولم يحكِ عن أبي يوسف شيئاً. قال ابن سماعة عن محمد: قول أبي يوسف الأول أحب إلي.

وجه قولهما: أن المقر قد أبرأ الأمة من الضمان وادَّعَىٰ علىٰ شريكه؛ لأن الاستيلاد لا يتبعض، ويجب علىٰ الشريك فيه الضمان في حال اليسار والإعسار، فلم يجز أن تستسعىٰ الأمة مع إبرائه لها، ولا ضمان عليه؛ لأنه ادعي حق الجارية[3] من جهة غيره، وليس للمشهود عليه أن يستسعي؛ وذلك لأنه يزعم

---

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (أ): بين قوسين غير موجود

(٣) في (أ): الحرية

أن الرقبة لم تثبت فيها حرية ولا حق حرية، ولا تجوز السعاية إلا بالتراضي؛ لأن بيع هذه الأمة متعذر؛ لأن الشاهد اعترف بأنها أم ولد له وعلىٰ ملكه في الظاهر، فنفذ اعترافه في حقه، ولم ينفذ في حق شريكه، فيستخدمها يوماً شريكه كما كان قبل الشهادة، ويترك يوماً؛ لأن الشاهد أسقط حقه عن هذا اليوم، وزعم أنه لشريكه، فلم يقبل شريكه الاعتراف فيه.

قال: فأما إذا مات المشهود عليه ففي زعم الشاهد أنها عتقت بموته، والأمة المشتركة إذا ادعىٰ أحد الشريكين علىٰ شريكه العتق، كان للمدَّعَىٰ عليه السعاية، وكذلك سعت لورثة الميت في نصف قيمتها، ويثبت [للميت] نصف الولاء؛ [وذلك] لأنها عتقت علىٰ ملكه[1] فوقف نصف الولاء؛ لأن الشاهد اعترف به للمشهود عليه، فردّ إقراره، ومن لا ولاء عليه معروف فهو لبيت المال.

وجه قول محمد: أن الشاهد أفسد علىٰ المشهود عليه ملكه بالاعتراف، وتعذر التضمين، فكان للمشهود عليه السعاية كما لو أعتق الشاهد وهو معسر، فإذا أَدّت عتقت؛ لأن في زعم الشاهد أنها أم ولد للمشهود عليه، وأم الولد إذا أعتق جزء منها عتقت؛ وذلك لأنها صارت في يد نفسها بالحرية، فزال الملك عنها بغير عوض، كما لو مات المولىٰ.

٢١١١ ـ فَصْل: [جارية بين شريكين فجاءت بولد فادعىٰ أحدهما بُنُوَّته]

قال: فإن جاءت بولد فقال أحدهما: هو ابن الشريك، [وأنكر الشريك][2]، فالجواب في الأم كذلك، فأما الولد فيعتق ويسعىٰ في نصف قيمته للمشهود

(١) في (أ): نصفه

(٢) الزيادة من (أ).

عليه ؛ لأن الشاهد اعترف بالحرية[1] من جهة شريكه ، وأحد الشريكين إذا ادعىٰ علىٰ شريكه الحرية سعىٰ العبد للمشهود عليه ، ولا يسعىٰ في مسألتنا للشاهد ؛ لأنه يزعم أنه [حُرّ][2] الأصل وأنه لا سعاية له عليه .

٢١١٢ - فَصْل: [جارية بين شريكين فادَّعَىٰ أحدهما أن شريكه دبّرها]

ونظير هذه المسألة ما روىٰ بشر عن أبي يوسف في جارية بين شريكين ادّعىٰ أحدهما: أن شريكه دبرها وأنكر الشريك ، فإن أبا حنيفة قال: الشاهد بالخيار: إن [شاء] دبر يخدمه يوماً والآخر يومًا ، وإن شاء أمسك ولم يدبر بخدمته يومًا ، وإن شاء استسعاها في نصف قيمتها ، فسعت له يوماً وخدمت الآخر يوماً ، فإذا أدت فعتقت سعت للآخر ، وكان قول أبي يوسف في ذلك أنها كأم الولد ثم رجع ، فقال: توقف ، كما قال أبو حنيفة [إلا][3] في تبعيض التدبير .

وقال [محمد][4]: تسعىٰ [الساعة] للشاهد .

لأبي حنيفة: أنه لما شهد علىٰ شريكه بالتدبير [فقد] ادعىٰ عليه الضمان ، فلم تقبل دعواه ، ولم يبرئها من السعاية ؛ لأن نصيبه في زعمه كان علىٰ ملكه ، فكذلك أن يستسعيه ، وليس كذلك المسألة الأولىٰ ؛ لأن الاستيلاد لا يتبعض ، ففي زعم الشاهد أن نصيبه انتقل إلىٰ شريكه ولا يستسعيه ، فإن شاء دبر ؛ لأن نصيبه علىٰ ملكه ، وإن شاء أمسكها ؛ لأن التدبير لو علم في نصيب الشريك ، لم يجب عليه إخراج نصيبه إلىٰ الحرية .

---

(١) في (أ) (بحرية الولد) .

(٢) المثبت من (أ) ، وفي (ب) (حق) .

(٣) الزيادة من (أ) .

(٤) الزيادة من (أ) .

فأما إذا استسعاها فإنما يستسعيها يوماً ويتركها يوماً ؛ لأنه لا يملك جميع منافعها فكان له أن يستسعي مقدار حقه ، فإن أدت إليه عتق نصيبه وتعذر تضمينه ، فكان للمشهود عليه أن يستسعي .

وأما أبو يوسف فالتدبير عنده لا يتبعض ، فإن كان المشهود عليه موسراً فقد أبرأ الشاهد الأمة من السعاية ، وقال في هذه المسألة على قوله الآخر كما قال أبو حنيفة في مسألة الاستيلاد .

وأما محمد: وإن كان من أصله أن التدبير لا يتبعض إلا أنه يقول: إن الشاهد أفسد على المشهود عليه نصيبه بشهادته ، فتعذر تضمينه ، فسعت .

٢١١٣ ـ فَصْل: [شهادة كل واحد منهما على صاحبه بالتدبير]

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: إن شهد كل واحد منهما على صاحبه بالتدبير ، أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد ، فلا سبيل لكل واحد منهما على صاحبه ولا على الأمة ، موسرين كانا أو معسرين ؛ وذلك لأن كل واحد منهما ادَّعَىٰ حق الحرية من جهة غيره ، وأبرأ الأمة من السعاية ، وادَّعَىٰ الضمان على شريكه (وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، فأما محمد فوافق أبا حنيفة في هذا الفصل ؛ لأن كل واحد من الشريكين هاهنا أبرأ الأمة من السعاية ، وادعىٰ الضمان على شريكه)[1] .

٢١١٤ ـ فَصْل: [عبد بين رجلين فقال أحدهما: هذا ابني وابنك فصدقه الآخر]

وروىٰ مُعَلَّى عن أبي يوسف: في عبد بين رجلين ، فقال أحدهما للآخر:

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

هذا ابني وابنك، أو ابنك وابني، فقال الآخر: صدقت، فهو ابن المُقِرِّ خاصةً دون المُصَدِّق، وكذلك قال محمد في الزيادات: في صَبِيٍّ لا يعقل في يدي رُجلين، فقال أحدهما للآخر: هو ابني وابنك؛ وذلك لأن النسب يثبت منه بقوله هو ابني؛ لأن من اعترف بالنسب في ملكه ثبت، فلما صدقه الآخر بعد ثبوت النسب لم ينتقل.

قال محمد: لو قال هذا ابنك وسكت، فلم يصدقه صاحبه حتى قال: هو ابني [معك، فهو موقوف، فإن قال صاحبه: هو ابني][1] دونك فهو كما قال[2]؛ لأنه لما أَقَرَّ [له] بالنسب ابتداءً وسكت، اسَتَقرَّ الإقرار، فوقف على التصديق، فاعترافه من بعد ذلك إسقاط [٢٢٣/أ] للإقرار، فلا يقبل إذا انضم إلى الإقرار التصديق، قال فإن قال: المقر له: ليس بابني ولكن ابنك، أو قال: ليس بابني ولا ابنك، أو قال: ليس بابني وسكت، فليس بابن واحد منهما في قياس قول أبي حنيفة.

وقال محمد: إن صدقه فهو ابن المقر له، وإن كذبه فهو ابن المقر، فإن قال [المقر] له: هو ابني وابنك، فهو ابن للثاني في قول أبي حنيفة ومحمد، وهذا فرع على اختلافهم فيمن أقر بعبده أنه ابن فلان، وكذبه المقر له، وادعاه المولى. قال أبو حنيفة: لا يقبل؛ لأن إقراره الأول اقتضى ثبوت النسب من المقر له، وزعم أن ذلك لا ينفسخ بالتكذيب؛ لأن النسب إذا ثبت لا يلحقه الفسخ، فإذا ادعى المقر نسباً في زعمه أنه ثابت من غيره، لم تقبل.

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (أ) (معك).

وقال أبو يوسف ومحمد: إن الإقرار إذا رَدَّه المقر له، بطل فصار كالأموال، وإذا بطل الإقرار جاز أن يدعيه لنفسه، [قال محمد: فإن كان هذا الغلام يعقل، فالمرجع إلىٰ تصديقه؛ لأنه في يد نفسه][1] وهو حر، فلا يقبل دعوىٰ النسب عليه إلا بقوله، قال: وإن كان ابن أمة ولدته في ملكها، فالجواب كالأول في النسب، يعني: أن علىٰ قول أبي حنيفة: لا يثبت من المقر بعد اعترافه به لشريكه، وعلىٰ قولهما: يثبت هذا [بعد الرد][2]، قال: والأم أم ولد لمن ثبت النسب منه؛ لأن الاستيلاد يتبع النسب.

٢١١٥ ـ فَصْـل: [جارية بين رجلين، فادعىٰ أحدهما أن ولدها ابنه والآخر أنها ابنته]

ومن هذا النوع إذا اشترىٰ رجلان جارية، فجاءت بولد في ملكهما لستة أشهر فصاعداً، أو ادعىٰ أحدهما أن الولد ابنه، وادعىٰ الآخر أن الجارية بنته، فلا خلاف بين أبي يوسف ومحمد: أن الدعوة دعوة من يدعي الولد، وأن المدعي[3] للأم دعوته باطلة، وهذا إذا ادعيا معاً؛ لأن مدعي الولد دعوته دعوة استيلاد، فيستند إلىٰ حال العلوق، ومدعي الأم[4] دعوته دعوة مِلْك، فيثبت في الحال ولا يستند، فكان مدعي الولد تقدم في الدعوة، فيثبت نسب الولد منه، وينتقل نصيب شريكه من الأم إليه، فلا يقبل دعوة الشريك فيما لا يملك.

قال محمد: ويضمن مدعي الولد نصف قيمة الأم ونصف عقرها في الجامع الكبير، هذا قياس قول أبي حنيفة، وذكر عن أبي يوسف في الجامع مثله، وهي

---

(١) الزيادة من (أ).

(٢) الزيادة من (أ).

(٣) (دعوىٰ مدعي الأم باطل).

(٤) في (أ) (الأمة).

رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف في الدعوىٰ من الإملاء، وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: لا شيء علىٰ مدعي الولد من قيمة الأم ولا من العقر، ولا شيء له أيضاً علىٰ مدعي الأم، فإن أكذب مدعي الأم نفسه فله نصف قيمة الأم، ونصف عقرها علىٰ مدعي الولد.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد ـ وهي إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف ـ: أن مدعي الأم قد أكذبناه في دعواه وأبطلناها حين نقلنا ملكه في الأم إلىٰ مدعي الولد، وصيرناها أم ولد له، وإذا بطلت دعواه صار كأنها لم تكن، فوجب له ضمان نصف القيمة.

وجه قول أبي يوسف قال أبو الحسن وهو الأقيس: إن مُدَّعِي الأم يزعم أنها حرة الأصل، فلا يثبت له التضمين مع اعترافه، فإن رجع عن دعواه وأكذب نفسه، ثبت له حق الضمان الذي اعترف به لشريكه.

٢١١٦ـ فَصْل: [من مسائل دعوىٰ الولد]

ومن مسائل دعوىٰ الولد: إذا كاتب الرجل أمته فجاءت بولد ليس له نسب معروف، فادعاه المولىٰ ثبت نسبه منه، صدقته أو كذبته؛ وذلك لأنها باقية علىٰ ملكه، ودعوة المولىٰ ولد أمته لا يقف علىٰ التصديق، وعتق الولد؛ لأن نسبه ثابت من المولىٰ، ولا ضمان عليه فيه؛ لأن غرض المكاتبة بالكتابة عتقها وعتق أولادها، فإذا أثبتنا[1] لها الغرض، لم يثبت لها ضماناً، وإذا جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ كاتَبَها، فعليه العقر؛ لأنه وطئها في الكتابة، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلا عقر عليه؛ لأنه وطئها قبل الكتابة، والمكاتبة بالخيار: إن

(١) في (أ): سلم.

شاءت مضت على كتابتها، وإن شاءت عجزت؛ لأن الحرية ثبتت لها من أحد الوجهين، ولها غرض في كل واحد منهما: [أما الكتابة تعجل لها الحرية، وأما الاستيلاد يسقط عنها السعاية][1]، فكان لها أن تختار أيهما شاءت.

٢١١٧ - فَصْل: [دعوة المولى ولد جارية المكاتب]

وإن ادعى المولى ولد جارية المكاتب وقد علقت به في ملك المكاتب، فإنه يرجع إلى تصديق المكاتب، فإن كذب المولى لم تصدق الجارية[2] وكانت وولدها مملوكين، وإن صدقه كان الولد ابن المولى، وعليه قيمته يوم ولد، ذكر [ذلك] محمد في الزيادات ولم يحك خلافاً، وكذلك قال في الدعوى إلا أنه قال: استحسن ذلك إذا كان الحبل في ملك المكاتب.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: أن المولى يصدق بغير تصديق.

أما وجه القياس: في أنه لا يعتق (وهو قول أبي يوسف)[3] أن ما في يد المكاتب كملك الأجنبي، بدلالة أن المولى لا سبيل له عليه فلا يقبل قوله فيه؛ ولأنه إذا لم يقبل قوله بغير تصديق، لم يقبل وإن صدقه؛ لأن المكاتب لا يملك الحرية، فلا يملك التصديق لها، وإنما وقعت الدعوى على التصديق؛ لما بينا أن المولى عقد على نفسه عقداً منع به نفسه من التعرض لمال المكاتب إلا برضاه، ولا يثبت الاستيلاد لما قدمناه: أن الاستيلاد لو ثبت لنقلنا الأمة، والولد بقيمة

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من (أ).

(٢) في (أ): لم يصدق المولى.

(٣) ساقطة من (أ).



الأمة وهذا تبرع فلا يثبت في مال[1] المكاتب، وإنما[2] استحسنوا في ثبوت النسب في الحرية؛ لأنها علقت على حكم ملكه كجارية ابنه.

وجه قول أبي يوسف: أن حق المولى في جارية مكاتبه أقوى من حقه في جارية ابنه، فإذا ثبت النسب في جارية الابن بغير تصديق، فهذا أولى.

قال محمد في الزيادات: وإن اشترى المكاتب أمة حاملاً وادَّعى مولاه ولدها، أو اشترى عبداً صغيراً فادعاه، لم تجز دعوته، وإن صدقه المكاتب ثبت نسبه ولم يعتق؛ وذلك لأنها لم تعلق به على حكم ملك المولى، وعتقه فيه كعتق موقع وهو لا يملك العتاق إلا أن النسب يثبت؛ لأن من ادعى ولد أمة أجنبي، فصدقه مولاها يثبت النسب، فهاهنا أولى[3].



(١) في (أ) (ملك).
(٢) في (أ) (ولهذا).
(٣) انظر: الأصل ٥/٢٢٧.



بَابُ
مِلْكِ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ

قال أصحابنا جميعاً: إذا ملك الرجل أو المرأة ذا رَحِمٍ [٢٢٥/أ] مُحْرَمٍ منه عتق عليه صغيراً كان المالك أو كبيراً، صحيح العقل أو مجنوناً. [وقال نفاة القياس: إذا ملكهم لم يعتقوا إلا بإعتاقه]. وقال الشافعي: لا يعتق بالملك إلا من له ولاء.

ولنا: ما روىٰ الحسن عن سمرة رفعه إلىٰ النبي ﷺ فقال: **(من ملك ذا رَحِم مَحْرَم منه فهو حر)**[١]، وروي: وروىٰ ابن عباس قال: جاء رجل إلىٰ النبي ﷺ فقال يا رسول الله إني دخلت السوق فوجدت أخي يباع، فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه، فقال له: **(إن الله تعالىٰ قد أعتقه)**[٢] وهذا دليل علىٰ الشافعي ونفاة القياس.

وروىٰ أبو حنيفة عن سلمة بن كهيل عن المستورد بن الأحنف أن رجلاً قال لابن مسعود: إن عمي زوّجني وليدته، وإنها ولدت لي بنتاً، وإنه يريد أن يبيع ابنتي؟ فقال: كذب، ليس له ذلك[٣].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٥٠)؛ والترمذي (١٣٦٥) وله فيه أقوال؛ والنسائي في الكبرىٰ (٤٩٠٣)؛ وابن ماجه (٢٥٢٤)؛ والحاكم في المستدرك ٢/٢٣٣ وصححه.

(٢) أورده علي القاري في مرقاة المفاتيح، ٦/٥١٥؛ وابن حجر في الإصابة وقال: «إسناده ضعيف جدًا». ٣/٤٠٣.

(٣) أورده علي القاري في مرقاة المفاتيح، ٦/٥١٥.

وروىٰ أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عمر قال: مَنْ ملك ذا رَحِمٍ مَحْرَم من نسب فهو عتيق[1]، ولأن ولده في حكم جزء من أجزائه فكما لا يستقر ملكه علىٰ نفسه فكذلك علىٰ ولده، وعلىٰ الشافعي أنه ذو رَحِم محرم من جهة النسب كمن له ولاء.

وأما حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه»[2] فمعناه فيعتق عليه بالشراء، فأضاف العتق إليه؛ لأنه فعل بسببه بدلالة حديث سمرة.

٢١١٨ ـ فَصْل: [صفة ذي الرحم المحرم]

وأما صفة ذي الرحم المحرم: فهو كل من حرم نكاحه علىٰ التأبيد لأجل النسب؛ وإنما يعتق لأن قرابته قد كملت، فوجب صلة الرحم الكامل بالحرية، فأما المَحْرَم بلا رَحم مثل: من ملك زوجة ابنه، أو امرأة أبيه، أو أم امرأته، فلا تعتق؛ لأن العتق صلة الرحم، ولا رحم بينهما.

وأما الرحم بلا محرم مثل: بنت العم، وبنت الخال، وبنت العمة والخالة، فلا يعتقن؛ لأن جهة القرابة لم تكمل فيهم، ألا ترىٰ أنه يجوز مناكحتهم كالأجانب، وإنما استوىٰ في ذلك الرجل والمرأة؛ لأن صلة الرحم تجب عليهما، وكذلك الصغير والمجنون؛ لأن الأحكام المتعلقة بصلة الرحم تثبت في حقهم كالنفقة، ولا يقال إنهم لا يملكون العتق؛ لأن الإعتاق قول، وقولهما لا يتعلق به حكم، وفي مسألتنا يقع العتق حكماً لوجود الملك، فلا يقف علىٰ القول.

---

(١) في (أ) (فقد عتق).

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٠) وغيره.

٢١١٩ـ فَصْل: [عتق ذي الرحم المحرم متعلق بالملك]

قال: وبأي وجه ملكهم عتقوا حين ملكهم؛ لأن العتق متعلق بالملك وهو موجود وإن اختلفت أسبابه، قال: وولاء المعتق لمن عتق عليه؛ وذلك لأن العتق وقع في ملكه، فثبت الولاء منه كما لو أعتقه.

٢١٢٠ـ فَصْل: [عتق أهل الذمة بصلة الرحم الكامل]

قال: وأهل الذمة وأهل الإسلام في ذلك سواء؛ وذلك لأن الذمي يلزمه صلة الرحم الكامل كالمسلم، ولأن إعتاقه يَصِحُّ، فكذلك يقع عتقه من حيث الحكم(١).

٢١٢١ـ فَصْل: [حربي أعتق عبداً حربياً بدار الحرب]

وقد قالوا: في حربيّ إذا أعتق عبداً حربياً في دار الحرب، لم يعتق عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف في الأصل: العتق واقع، وكان أصحابنا يقولون: المراد بذلك أن الولاء لا يثبت، وأما العتق فيقع في قولهم، وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة في هذه المسألة: أن للعبد أن يوالي من شاء، ولا يكون ولاؤه للمعتق، قال: وقال أبو يوسف: أستحسن أن يكون ولاؤه للمعتق، والظاهر من الرواية: أن العتق لا يقع عند أبي حنيفة ومحمد.

وجه ذلك: أن الحربي ليس له ملك صحيح؛ بدلالة أن من أخذ ما في يده يملكه، وإن أتلفه لم يضمنه، فصار [ذلك] أدون من ملك المكاتب، فإذا لم يملك المكاتب العتق فالحربي أولىٰ؛ ولأن العتق لو وقع لوقع [مع] وجود ما

---

(١) انظر: الأصل ٥/٦٧ وما بعدها.

ينافيه، ألا ترىٰ أنه يغلب عليه فيملك، والشيء[1] لا يقع مع وجود ما ينافيه، وليس كذلك إذا أعتق عبداً مسلماً؛ لأنه لا يعتق بإعتاقه وإنما تزول يده عنه، فيصير غانماً لرقبته علىٰ مولاه، وليس هناك ما ينافي العتق، ألا ترىٰ أنه لا يجوز أن لا يسترق، ولا يلزم إذا أعتق المسلم عبداً حربياً في دار الحرب؛ لأنه لا يعتق بإعتاقه أيضاً؛ لوجود ما ينافي عتقه، ولا يلزم المستأمن لأن ملكه يصح في دار الإسلام فيصير كالذمي؛ ولأنه لا يقدر علىٰ استرقاقه، فلا يوجد ما ينافي عتقه.

لأبي يوسف: أنه علىٰ ملكه فيعتق بعتقه، كما لو كان في دار الإسلام.

فأما رواية الطحاوي فمحمولة علىٰ المعتَق إذا خرج إلىٰ دار الإسلام، فلا ولاء عليه عندهما؛ لأنه لم يعتق بإعتاقه، وإنما عتق بخروجه.

وعند أبي يوسف: أنه يعتق بإعتاقه فولاؤه له، والذي يؤيد رواية الأصل: ما قالوا في الحربي إذا دخل إلينا [بأمان] ومعه مماليك، وقال: هم مدبرون، لم يقبل قوله، فإن قال: هم أولادي أو أمهات أولادي، قبل قوله، فدل علىٰ أن التدبير لا يثبت في دار الحرب، فإذا ثبت هذا الخلاف قلنا: إذا ملك الحربي في دار الحرب ذا رَحِم مَحْرَم منه لم يعتق؛ لأنه لا يملك الإعتاق مع صحة قوله.

٢١٢٢ ـ فَصْل: [العتق المعلق بالنسب كالموقع]

قال: إن ملك شقصاً من ذي رحم محرم منه عتق عليه قدر ما ملك عند أبي حنيفة، وهو حر كله عند أبي يوسف ومحمد [وزفر][2]؛ وذلك لأن العتق المتعلق بالنسب كالموقع، وكذلك يجري في الكفارة.

(١) في (أ) (والعتق).
(٢) الزيادة من (أ)، (ج).



وعند أبي حنيفة: إن عتق البعض لا يوجب عتق الجميع، وعلى قولهما: يوجب عتق الجميع، فكذلك إذا عتق من طريق الحكم.

٢١٢٣ ـ فَصْل: [العتق فيما إذا اشترى المملوك ولده]

وقد قالوا: في المملوك إذا اشترى ولده، لم يعتق؛ لأن العتق يتعلق بالملك ولا ملك له، وإذا اشترى ذا رَحِم مَحْرَم من سيده، عتق؛ لأن المولى مَلَكه، فصار كما لو اشتراه بنفسه، فإن كان على العبد دين مستغرق واشترى ابن مولاه، لم يعتق عند أبي حنيفة على أصله أنه لا يملكه، ويعتق عندهما لأنه يملكه، فأما المكاتب [٢٢٦/أ][(١)] إذا اشترى ابن مولاه لم يعتق في قولهم؛ لأن المولى لا ملك [له] أنساب المكاتب، فإن اشترت المكاتبة ابنها من سيدها عتق؛ لأن إعتاق المولى ينفذ في المكاتبة وولدها، فيعتق من طريق الحكم لأجل النسب.

قال أبو الحسن: إذا ملك الرجلان ابن أحدهما بعقد فعلاه جميعاً، أو قبلاه جميعاً لم يضمن، عتق عليه لشريكه، ويسعى له العبد في نصيبه في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن الذي عتق عليه نصيبه إن كان موسراً، وهذا مثل أن يشتريا بعقد واحد أو يوهب لهما.

لأبي حنيفة: أن الملك لا يسلم لكل واحد منهما إلا بقبول الآخر، فصار دخولهما في العقد إذنًا من كل واحد منهما لصاحبه في القبول، والقبول سبب العتق، وسبب العتق إذا كان مأذونًا فيه، لم يتعلق به الضمان لعبد بين شريكين

(١) يوجد نقص ورقة من النسخة (ب)، الصفحات القليلة القادمة منقولة من نسخة (أ).

أذن أحدهما لصاحبه أن يعتق نصيبه. في الرواية المشهورة.

فإن قيل: فهذا لا يصح في الاثنين إذا وهب لهما؛ لأن كل واحد منهما يسلم له الملك وإن لم يقبل الآخر.

قلنا: ليس من شرط العلة أن تعم مواضع الخلاف، ويجوز [أن تقاس][1] الهبة على الشراء بعلة أنه مملوك بعقد واحد، ولأنه دخل في ملكها بسبب واحد كما لو وَرِثَاه.

وجه قولهما: أن الدخول في الشراء إذن في القبول، والقبول سبب الملك، والملك [سبب] العتق، فسبب العتق غير مأذون فيه فتعلق الضمان، وعلى هذا الخلاف: إذا وهب الرجل نصف عبده لأخ العبد أو باعه، لم يكن لمولى العبد أن يضمن الأخ عند أبي حنيفة؛ لأن إيجابه الملك إذن في القبول، وسبب الحرية إذا كان مأذوناً فيه لم يكن للإذن الضمين.

وعلى قولهما: له أن يضمن الأخ إن كان موسراً؛ لأن سبب الإذن الملك ولم يأذن فيه، وإنما أذن في سببه وهو القبول.

وقد قال في الجامع الصغير: لو اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى أب العبد الباقي وهو موسر، فالمشتري بالخيار كعبد بين شريكين أعتق أحدهما؛ وذلك لأن المشتري الأول لم يأذن فيه بسبب الحرية، وقد وقعت بفعل الأب وهو قبول الشراء.

وقال أبو حنيفة ـ في الأب والأجنبي إذا اشتريا الابن معاً والشريك لا يعلم

(١) المثبت من (ج)، وفي (أ) طمس غير واضح.

أنه أبوه ـ فلا ضمان على الأب، وقالا: يضمن.

وروى بِشْر عن أبي يوسف: إن كان الأجنبي يعرف ذلك فإن العبد يعتق، ويسعى للأجنبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كان لا يعلم فهو بالخيار: إن شاء نقض البيع، وإن شاء تَمَّ عليه، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وجه قول أبي حنيفة المشهور: أن القبول لما كان إذناً، والإذن في الإتلاف يستوي فيه العلم والجهل في باب سقوط الضمان، كمن قال لرجل: كُلْ هذا الطعام ـ وهو لا يعلم أنه له ـ فأكل لم يضمن.

وجه قولهما المشهور: أن الضمان إذا ثبت مع العلم فمع الجهل أولى. [وأما قول بشر فهو أن الشراء][1] فلأن الشراء في شراء الأب عيب، فإن علم به المشتري لزمه البيع كما يلزمه في سائر العيوب، فإن لم يعلم به لم يلزمه مع العيب، فإذا لم يلزم العقد في حق أحد الشريكين لم يلزمه في حق الآخر، فلا يعتق العبد، فيثبت للمشتري حق الفسخ.

٢١٢٤ ـ فَصْل: [الدخول في العقد إذن]

وإنما فصل أبو يوسف على هذه الرواية بين العلم والجهل؛ لأن الدخول في العقد إذا كان إذناً، فإن كان عالماً فقد أذن في سبب الحرية، وإن كان جاهلاً لم يأذن.

قال أبو يوسف: لو أن عبداً اشترى نفسه هو وأجنبي من مولاه، فالبيع باطل في حصة الأجنبي؛ لأن شراء العبد نفسه عتق على مال، فقد جمع العقد البيع

(١) المثبت من (ج)، وفي (ب) طمس غير مقروء، (والعبارة الموجودة غير مفيدة).

والعتق، ولا يصح البيع، وليس كذلك الرجلان إذا اشتريا ابن أحدهما؛ لأن شراء العبد نفسه ليس بعتق، وإنما يملك الابن ويعتق علىٰ ملكه، ولهذا يجزئ عن كفارته ويثبت الولاء منه.

٢١٢٥ - [فَصْل: شراء الأب والأجنبي الابن صفقة واحدة]

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال إذا ملكت من هذا العبد شيئاً فهو حر، ثم اشتراه الحالف وأبوه صفقة واحدة، عتق علىٰ الأب، وهذا علىٰ أصل أبي يوسف: أن العتق لا يتبعض، والسبب سابق لليمين، فإذا ملكاه، صار كأن عتق الأب أسبق، فعتق النصيبان عليه.

ولهذا قال مُعَلَّىٰ عن أبي يوسف: في رجل قال إذا اشتريت فلاناً أو بعضه فهو حر، فادعاه رجل آخر أنه ابنه، ثم اشترياه فهو حر، ونصف ولائه للذي أعتقه وهو ابن الذي ادعاه؛ وذلك لأن النسب هاهنا لم يسبق اليمين، فعتق نصف كل واحد منهما علىٰ ملكه.

٢١٢٦ - [فَصْل: حلف الرجل بعتق عبد إذا ملكه فاشتراه هو وآخر]

وأما إذا حلف الرجل بعتق عبد إذا ملكه، ثم اشتراه هو وآخر، فكان أبو الحسن يقول: لا أعرف الرواية في هذه المسألة، وكان أبو بكر يقول: لا ضمان عليه لشريكه في قول أبي حنيفة؛ لأنه أذن له في القبول الذي هو سبب الحرية.

ومن أصحابنا من فرق بينهما فقال: إن العتق هاهنا موقع بإيقاعه وشريكه لم يأذن له في ذلك الإيقاع.



٢١٢٧ - [فَصْل: إذن الإنسان لغيره في عتق نصيبه]

وفي مسألة النسب إنما تعلق العتق بالملك، وقد أذن في سببه، قال رضي الله عنه: قدمنا أن مسألة شراء الابن مبنية على إذن أحد الشريكين للآخر في عتق نصيبه بمنع الضمان. وهي الرواية المشهورة.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في نوادره: أن ذلك لا يسقط الضمان.

وجه قولهم المشهور: أن الضمان يجب لحق الآدمي، فإذا أذن في سبب الإتلاف سقط الضمان.

ولهذا قالوا في الرواية المشهورة: إنّ من أذن لغيره في قتله، فلا قصاص عليه ولا دية.

وجه قول أبي يوسف: أن إذن الإنسان لغيره في عتق نصيبه، لا يتعلق به حكم ولا ضمان؛ لأن المأمور مالك لذلك، فصار وجود[1] الإذن وعدمه سواء، وهذا ليس بصحيح؛ لأنه وإن كان يملك التصرف قبل الإذن، ففائدة الإذن سقوط الضمان المتعلق بتصرفه.

٢١٢٨ - فَصْل: [الضمان لمن وجد منه الإتلاف]

قال: وإن أورث الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب، ولم يضمن لشريكه شيئاً في قولهم؛ لأنه يدخل في ملكه بغير فعله، ومن لم يوجد منه إتلاف، لم يلزمه الضمان.

---

(١) انتهى النقل من النسخة (أ).

٢١٢٩ - فَصْل: [مسائل ملحقة بالباب]

ومما يلحق بهذا الباب ما قال أبو حنيفة فيمن قال لعبده: هذا ابني، ومثله لا يولد لمثله، أو قال: هذا أبي، ومثله لا يلد مثله، عتق عليه.

وقالا: لا يعتق عليه، وأما إذا قال لمعروف النسب: هذا ابني عتق عليه، ولم يثبت النسب في قولهم.

لأبي حنيفة: أن قوله هذا ابني يتضمن أمرين: النسب، والحرية، الموقعة، إلا أن العتق المعلق بالنسب كالموقع، وكل واحد من الأمرين منفرد على الآخر، [إلا أن الرجل يعتق عبده من غير نسب ويملك ابن عمه، فلا يعتق عليه مع وجود النسب] فجاز أن يثبت أحدهما وإن لم يثبت الآخر، (كما لو قال لمعروف النسب: هذا ابني)[1] وقد ألزم أبو حنيفة إذا قال لعبده هذا ابني، فالتزم أصحابنا ذلك، وقالوا: يعتق؛ لأنه كأنه قال: هذا ابني وهو حر.

وجه قولهما: (أنه علق الحرية بالنسب، وهذا محال، فلم يثبت ما يتعلق به كمن قال لزوجته: هذه ابنتي ومثلها لا يولد لمثله، وليس كذلك المعروف النسب؛ لأنه يجوز أن يكون ابنه من الزنا فيعتق عليه، وإن لم يثبت نسبه والجواب في مسألة الزوجة: الاعتراف بالنسب ليس بفرقة، وإنما هو نفي لأصل النكاح، وإذا كان كاذباً لم يتعلق به حكم، وفي مسألتنا هو عتق موقع، فيعلق الحكم بالإعتاق وإن كان كاذباً، والنسب يبين الفرق بينهما، وإذا قال لمعروف النسب: هذه ابنتي لم تقع الفرقة بينهما، وإن كانت مملوكة عتقت عليه، ولو قال لزوجته:

(١) في (أ) (كمعروف النسب).

هذه ابنتي تولد لمثله ثم قال: أوهمت لم تقع الفرقة، ولو قال لأمته: هذه ابنتي أو قال أوهمت عتقت عليه، فأما قولهما في المعروف النسب أنه يحتمل أن يكون ابنه من الزنا، فيبطل بمسألة الفرقة؛ لأنه لو قال ذلك لزوجته، لم تحرم عليه، وإن جاز أن تكون ابنته من الزنا)[1].

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

بَابُ
الرجل يعتق كل مملوك يملكه

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: هذا الباب مبني علىٰ أصل: وهو أن العتق المضاف إلىٰ الملك كالموقع في الملك، فإذا ملك عتق، وقال الشافعي: لا يعتق.

لنا: أنه يصح في المجهول ويتعلق بالخطر، فجاز أن يضاف إلىٰ الملك كالوصية [والنذر]، ولأن من أعتق كل ولد تلده أمته، جاز وإن لم يكن مالكاً له في حال اليمين، والمعنىٰ فيه: أنه أضاف عتقه إلىٰ الملك، فإن لم يتبيّنوا[1] الوصف، فالدليل عليه: أن الأصل في ملكه وقد علق الفرقة بما يتولد من نمائه، فصار كالوقف.

٢١٣٠ ـ فَصْل: [كل مملوك يملك فهو حر]

قال أبو الحسن: إذا قال الرجل: كل مملوك أملكه فهو حر ولا نية له، فهو علىٰ كل مملوك يملكه يوم قال هذه المقالة، ولا يعتق من استقبل ملكه بعد ذلك؛ وذلك لأن قوله أملك يحتمل في الحال، ويحتمل في المستقبل، والظاهر منه الحال، والدليل عليه: أن الإنسان يقول: أنا أملك ألف درهم فلا يكذب في خبره، ولو كان الخبر عن الاستقبال لم يعلم صدقه، وكذلك يقول: أنا أشهد أن لا إله إلا الله يكون مسلماً، وقد قال أهل اللغة: إن هذه اللفظة تخلص للمستقبل

(١) في (أ) (يسلموا).

بالسين وسوف، وإذا كان الظاهر منها الحال حُمل عليه، ولم يحمل على المستقبل من غير ظاهر، قال: ويعتق من كان في ملكه من ذلك ذكرًا أو أنثى؛ لأن المملوك عام فيهما، وكذلك يعتق المدبر والمدبرة وولدهما؛ وذلك لأنهم مماليك بدلالة أن المولى يطأ المدبرة وأم الولد بحق الملك، فصاروا كالمملوك القِنِّ، فأما المكاتب فلا يعتق إلا أن يعتقه؛ لأنه خرج عن يده بعقد على الرقبة كالعبد المبيع؛ ولأن الكتابة عقد على الحرية كالعتق على مال.

وقد ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف في العتاق ومن الإملاء: أن المكاتب الذي لا يعتق من كان مكاتباً يوم حلف، فإن كان مملوكاً يومئذ فكاتبه بعد اليمين وحنث وهو مكاتب، عتق، ولأنه إذا كان عبداً عند اليمين دخل فيهما، فما حدث بعد ذلك، لا يبطل اليمين ما دام فيه الرق باقياً.

فأما إذا عنى المكاتبين عتقوا؛ لأنهم على ملكه، وإنما لم يعتقهم لأن إطلاق الاسم لا يتناولهم، فإذا شدد على نفسه عتقوا عليه.

قال أبو يوسف: ولا يدخل في ذلك مملوك بينه وبين آخر؛ لأن اسم مملوك لا يتناوله، قال: وإن كان مملوكاً رهناً في ملكه يوم حلف عتق؛ وذلك لأن المرهون في ملكه وهو الموجب ليد المرتهن كعبد الوديعة، قال: وكذلك عبد عليه دين؛ وذلك لأن دين العبد لا ينفي ملك المولى على رقبته، فأما عبيد عبده المأذون إذا لم يكن على عبده دين فلا يدخلون عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن [ينويهم][(١)]؛ وذلك لأن الإضافة لا توجد منهم مطلقة، ألا ترى أنه يقال: هذا عبد الأمير وهذا عبد عبده، فإذا لم يضف إليه لم يعتق عليه إلا أن ينويه؛ لأنه إذا

---

(١) المثبت من (أ)، وفي (ب) (ثبوتهم).

نواه فقد عنىٰ حقيقة الملك ولم يرد الإضافة.

وقال محمد: يعتق عليه وإن لم ينوه؛ لأنه ملكه في الحقيقة، فاعتبر الملك ولم يعتبر الإضافة.

٢١٣١ ـ فَصْل: [حقيقة الملك والإضافة]

وأما إذا كان علىٰ عبده دين مستغرق، لم يعتق عبيده عند أبي حنيفة وإن نواهم[١] علىٰ أنه لا يملكهم.

وقال أبو يوسف: إن نواهم عتقوا؛ لأنهم علىٰ ملكه عنده، إلا أن إطلاق الإضافة لا يوجد فيهم، فعتقوا بالنية.

وأما محمد فقال: يعتقون وإن لم ينوهم؛ لأنهم علىٰ ملكه في الحقيقة علىٰ أصله والمعتبر عنده حقيقة الملك دون الإضافة.

٢١٣٢ ـ فَصْل: [تناول اسم المملوك الحمل]

قال: ولا يدخل في ذلك حمل يملكه، وإن كانت أمة في ملكه، عتق [الولد] بعتقها، وإن كان في ملكه الحمل دون [٢٢٧/أ] الأمة، لم يعتق عليه، وهذا مثل الموصىٰ له بالحمل؛ وذلك لأن الحمل لا يعلم وجوده ولا يسمىٰ مملوكاً، ولأن المولىٰ لا يجب عليه صدقة الفطر عنه، فدل علىٰ أنه ليس من مماليكه، فلو قال: إن اشتريت مملوكين فهما حران، فاشترىٰ أمة حاملاً لم يعتقا، ولو قال لأمته: كل مملوك لي غيرك حر، لم يعتق حملها، فدل علىٰ أن اسم المملوك لا يتناوله، فلا يعتق عليه، وأما إذا كانت أمة في ملكه عتق بعتقها؛ لأنه في حكم أجزائها.

(١) في (أ): (أصله)




٢١٣٣ ـ **فَصْل**: [تناول المملوك الذكر والأنثىٰ]

فإن قال: عنيت الذكور دون الإناث، لم يديّن في القضاء وديّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه تكلم بكلام عام وادَّعىٰ تخصيصه، والتخصيص غير الظاهر، فلم يصدق في القضاء، وصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه عالم بنيته.

٢١٣٤ ـ **فَصْل**: [تناول (كل مملوك) ما يملكه في المستقبل]

فإن قال: عنيت ما استقبل ملكه، عتق عليه ما في ملكه وما يملكه في المستقبل؛ وذلك لأن اللفظ يفيد ما في ملكه بظاهره، فإذا قال أردت المستقبل فقد صرف الكلام عن ظاهره، فلا يصدق فيه، [كمن] اعترف بوقوع العتق علىٰ من لم يتناوله اللفظ، [فيعتق][1] باعترافه، وهذا كما قالوا فيمن قال: زينب طالق، وله امرأة معروفة يقال لها زينب، فقال: لي امرأة أخرىٰ يقال لها زينب، طلقت المعروفة بظاهر اللفظ، والمجهولة باعترافه.

٢١٣٥ ـ **فَصْل**: [العتق فيما إذا قال الرجل: كل مملوك أملكه اليوم فهو حر]

ولو قال: كل مملوك أملكه اليوم وله مملوك واستفاد في يومه ذلك مملوكين، عتق ما في ملكه وما استأنف ملكه في اليوم، وكذلك لو قال: هذا الشهر وهذه السنة؛ وذلك لأن هذه اليمين مؤقتة باليوم، فلا بد للتوقيت من فائدة، ولا فائدة له إلا اشتمال اليمين علىٰ من يملكه في المدة، فعتقوا جميعاً. فإن قال: عنيت أحد [الصنفين][2] دون الآخر، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولم يديّن في القضاء؛ وذلك لأنه ادَّعَىٰ تخصيص العموم، وذلك غير الظاهر.

---

(١) في (ب) (هو)، والمثبت من (أ).

(٢) في (ب) (الصيغتين) والمثبت من (أ).

٢١٣٦ ـ فَصْل: [المعتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه الساعة فهو حر]

فإن قال: كل مملوك أملكه الساعة فهو حر، فهذا على ما في ملكه تلك الساعة دون غيرها، ولا يعتق ما يفيد في ساعته تلك إلا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى؛ وذلك لأن المراد بقوله الساعة ليس هو الساعة الزمانية الذي يذكرها المنجمون، وإنما المراد بها [الحال][1]، فاقتضى ذلك من في ملكه دون من يستفيده.

فإن قال: أردت من أستفيده في هذه الساعة، فقد أراد الساعة الزمانية، فيصدق في التشديد على نفسه وإن لم يصدق في صرف العتق عمن في ملكه.

٢١٣٧ ـ فَصْل: [العتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه غدًا فهو حر]

فإن قال: كل مملوك أملكه غداً فهو حر، ولا نية له، قال محمد في الجامع الكبير: يعتق من اجتمع في ملكه في غد ممن ملكه فيه، ومن كان في ملكه قبله، وهو قوله في الإملاء وإحدى روايتي ابن سماعة.

وقال أبو يوسف: يعتق ما يفيد من غد، ولا يعتق ما جاء غدًا وهو في ملكه، وهذا هو إحدى روايتي ابن سماعة عن محمد.

وجه الجامع: أنه علق العتق بمن يضاف إليه في الغد، فصار كأنه قال: في الغد كل مملوك أملكه [اليوم][2] فهو حر، فيتناول الجميع.

وجه قول أبي يوسف: أنه لما أضاف العتق إلى زمان مستقبل خاص اللفظ

---

(١) في (ب) (الخبر).

(٢) الزيادة من (أ).




للاستقبال، فلم يتناول الحال، كما يخلص له بالسين وسوف.

وعلى هذا الخلاف إذا قال: كل مملوك أملكه رأس الشهر؛ لأن رأس الشهر إذا حضر صار عند محمد كأنه قال كل مملوك أملكه اليوم.

وعلى قول أبي يوسف (لما أضاف)[1] إلى زمان مستقبل، خلص للاستقبال، قال: ورأس الشهر الليلة التي يهل فيها الهلال ومن الغد إلى الليل، وقد كان القياس أن يكون رأس الشهر أول ساعة منه؛ لأن الرأس ما يرأس على الشيء، إلا أنهم قالوا إن العادة [جرت أنه] يقال لأول يوم: هذا رأس الشهر، فحمل اللفظ على المعتاد، وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال: كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر، فليس هذا على ما في ملكه، إنما هذا على ما يملكه يوم الجمعة، وهذا صحيح على أصله؛ لأنه أضاف العتق إلى زمان مستقبل، فإن قال: كل مملوك لي حر يوم الجمعة فهذا على مَنْ في مِلْكه، يعتقون يوم الجمعة، وليس هذا على ما يستفيد؛ وذلك لأنه عقد على مَنْ في مِلْكه في الحال، وجعل عتقهم مؤقتاً بالجمعة، فلم يدخل في ذلك الاستقبال، وأما إذا قال: كل مملوك أملكه إذا جاء غد فهو حر، فهذا على ما في ملكه في قولهم؛ لأن مجيء الغد شرط، ومن أضاف العتق إلى شرط دخل في العتق مَنْ في ملكه دون من يستفيده.

٢١٣٨ - فَصْل: [العتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة]

قال أبو الحسن: ولو قال كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة، فهذا على ما يستقبل ملكه في الثلاثين سنة، وأوّلها من حين حلف بعد سكوته في قولهم جميعاً،

(١) في (أ) (فما أضافه).

ولا يكون على ما في ملكه قبل ذلك ؛ وذلك لأنه أضاف العتق إلى الاستقبال فخلص للمستقبل ، واللفظ لا يحمل على الحال والاستقبال جميعاً[1] وليس كذلك على قول محمد إذا قال غدًا ؛ لأنه عتق أوقعه بصفة ، فأما أن يكون أضافه إلى الاستقبال فلا ، وعلى هذا لو قال إلى سنة ، أو قال كل مملوك أملكه ثلاثين سنةً أو أملكه سنة ، أو قال أملكه أبداً ، أو قال إلى أن أموت ، فهذا باب واحد يدخل فيه ما يستفيد دون ما كان في ملكه ؛ لما [بيّنا أنه][2] أضاف[3] الحرية إلى المستقبل.

قال: فإن قال أردت بقولي كل مملوك أملكه سنة ، أن يكون ما في ملكي سنة من يوم حلف ، ديّن فيما بينه وبين الله تعالى ، ولم يديَّن في القضاء ؛ وذلك لأن الظاهر أنه وَقَّت السنة لاستفادة الملك ، ولم يؤقتها لاستمرار الملك فلا يصدق في ترك الظاهر.

٢١٣٩ ـ فَصْل: [تعليق العتق بشرط]

قال: فإن عَلّق قوله بشرط فقال: كل مملوك أملكه إن دخلت الدار وفعلت كذا ، فهو والأول سواء ، وإنما يتعلق [اليمين][4] على ما في ملكه يوم حلف ؛ لأنه علق العتق بشرط ، فيتناول ما في ملكه دون من يستفيد ، كمن قال: كل عبد يدخل الدار فهو حر ، فإن قال أردت ما استقبل ملكه عتق ما في ملكه إذا وجد الشرط [٢٢٨/أ] باليمين وما يستقبل بإقراره ؛ لأنه غير مصدق في صرف الكلام عن ظاهره ، ويصدق في التشديد على نفسه.

(١) في أ (والاستقبال) فقط.

(٢) الزيادة من (أ).

(٣) هنا في (ب) (أنه بين).

(٤) الزيادة من (أ).




قال: فإن لم يكن في ملكه مملوك يوم حلف، فاليمين لغو؛ لأنه يتناوله الحال، فإذا لم يكن له مملوك لم ينعقد لعدم [المعقود][1] عليه.

٢١٤٠ـ فَصْل: [العتق المتعلق تقديم الشرط]

قال محمد: فإن قدم الشرط فقال إذا قدم فلان، أو إذا جاء غد، فكل مملوك أملكه فهو حر، فهذا والأول سواء؛ لأن العتق المتعلق بالشرط لا فرق فيه بين تقدم الشرط أو الجزاء.

٢١٤١ـ فَصْل: [العتق إذا علقه بمن يملكه يوم الدخول]

فإن قال: إذا دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر، أو قال إذا قدم فلان ولا نية له، عتق ما في[2] ملكه يوم يدخل الدار؛ لأنه علق العتق بمن يملكه يوم الدخول، فكأنه قال عند الدخول: كل مملوك لي، فيتناول ذلك من تقدم ملكه ومن استفاده، قال محمد: وهذا قولهم جميعاً.

قال: وإذا قال كل مملوك اشتريته فهو حر إن كلمت فلاناً، أو إذا كلمت فلانًا، أو إذا جاء غد، ولا نية له، فكل مملوك يشترىٰ قبل أن يأتي الذي حلف عتقوا[3]؛ لأنه أضاف اليمين إلىٰ شرط، فيتناول مَنْ في ملكه قبله، كمن قال كل مملوك لي حر إن دخلت الدار.

قال: وإذا قَدَّم الشرط فقال: إن فعلت كذا، أو إذا جاء فلان، [أو إذا جاء

(١) في (ب) (المعهود) والمثبت من (أ).
(٢) في (أ) (ما كان في).
(٣) في (أ): (عليه عتق).



غد][1] فكل مملوك أشتريه فهو حر، فجاء الذي حلف عليه وقد اشترىٰ مماليك قبل ذلك، لم يعتق واحد منهم، وما اشترىٰ من مملوك بعدما أتىٰ الذي حلف عليه فهم أحرار؛ وذلك لأنه إذا جعل الشرط شرطاً لانعقاد اليمين، فصار عند وجوده كأنه قال: كل مملوك أشتريه فهو حر، فيتناول ذلك المستقبل.

قال: وإذا قال كل مملوك اشتريته إذا دخلت الدار فهو حر، أو قال إذا قَدِمَ فلان، فهذا علىٰ ما اشترىٰ بعد الفعل الذي حلف عليه، ولا يعتق ما اشترىٰ قبل ذلك إلا أن يعيّنهم؛ لأنه جعل دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين علىٰ ما بينا.

فإن قال: إذا دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر، ولا نية له، أعتق من كان في ملكه حين دخل الدار؛ لأنه علقه بزمان مخصوص، فكأنه قال حينئذٍ كل مملوك أملكه.

قال: وإن دخلها ليلاً أو نهاراً فهو سواء؛ وذلك لأن اليوم يذكر ويراد به الوقت المبهم قال تعالىٰ: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ﴾ [الأنفال: ١٦]، ولأن الحالف إنما يقصد الامتناع من الشرط في الجملة ولا يقصده في وقت دون وقت.

٢١٤٢ـ فَصْل: [العتق إذا أضاف الحرية إلىٰ المشتري في السنة]

وقد روىٰ ابن سماعة عن محمد في النوادر: إذا قال كل جارية اشتريتها إلىٰ سنة فهي حرة، قال: وكل جارية يشتريها إلىٰ سنة فهي حرة ساعة يشتريها؛ وذلك لأنه أضاف الحرية إلىٰ المشترىٰ في السنة، فكأنه قال عند الشراء[2] أنتِ

(١) الزيادة من (أ).
(٢) في (أ) (الشرط).

حرة، قال فإن قال كل مملوك[1] أشتريها فهي حرة إلىٰ سنة، فإن اشترىٰ جارية إلىٰ سنة لم يعتق إلىٰ سنة؛ لأنه جعل الشراء شرطاً لعتق مؤقت، فكأنه قال بعد الشراء أنت حرة إلىٰ سنة.

قال: ولو قال كل مملوك اشتريته فهو حر غداً، فهذا عندي علىٰ [كل] مملوك يشتريه قبل الغد، فإن اشترىٰ مملوكاً غداً لم يعتق؛ وذلك لأنه جعل الشراء شرطاً لحرية مؤقتة بوجود غد، فيقتضي ذلك من تقدم ملكه ليصح أن يتوقت عتقه بغد.

٢١٤٣ ـ فَصْل: [العتق إذا جعل كلام فلان شرطاً لوقوع الحرية]

قال ابن سماعة: سمعت محمداً قال في رجل قال: إن كلمت فلاناً شهراً فكل مملوك أملكه فهو حر، فكَلَّمَه قبل مضي الشهر، فهذا علىٰ مملوك يملكه يوم حلف، فلا يكون علىٰ ما يملكه بعد اليمين؛ وذلك لأنه جعل كلام فلان شرطاً لوقوع الحرية علىٰ ما يملكه، وقد بينا أن الظاهر من قوله أملك، الحَالَ، قال: ولا يشبه هذا قوله إن كلمت فلاناً فكل مملوك أشتريه حرّ وكل امرأة أتزوجها فهي طالق؛ وذلك لأن الشراء والتزويج يقتضي [ملكًا][2] مستأنفاً، وقد جعل الكلام شرطاً في انعقاد اليمين فيما يشتري، فاعتبر الشراء بعدها.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في العتاق من الإملاء: إذا قال إذا دخلت هذه الدار فكل جارية لي حرة[3] ومتىٰ دخلت، أو إن دخلت، أو كلما، أو متىٰ

---

(١) في (أ): جارية

(٢) في (ب) (ما كان) والمثبت من (أ).

(٣) في (أ): (مملوك لي حر).

ما، أو إذاما، فهذا على ما في ملكه يوم حلف، وهذا على ما بينا أنه عتق على مملوكه، وحقيقة المملوك من وجد في ملكه دون من يستفيد.

٢١٤٤ ـ فَصل: [تعليق المكاتب بحرية العبد الذي يشتريه]

قال أبو الحسن: إذا قال المكاتب أو العبد: كل عبد أشتريه فهو حر، أو كل عبد أملكه فيما أستقبل فهو حر، فعتقا ثم ملكا بعد ذلك عبداً، أو [اشتريا لم](١) يعتق عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: عتق.

وجه قول أبي حنيفة: أن العبد والمكاتب لهما (ملك في الحال يضاف إليهما على وجه المجاز)(٢) وملك يضاف إليهما على وجه الحقيقة، وهو ما (يستفيد)(٣) بعد العتق، والحال أهم إلى المتكلم وأخص، فكان حمل اليمين عليها أولى، فإذا تناولت المجاز لم يعتق على الحقيقة؛ لأن اللفظ الواحد لا يحمل على الأمرين عنده، هذا كمن تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ثم قال: إن طلقها فعبدي حر، إن ذلك يحمل على إطلاقه في الحال، وإن كان مجازاً.

وجه قولهما: أن اليمين ما أمكن حملها على الصحة كان أولى من بطلانها، ويمكن حملها على الصحة إذا جعلنا الملك هو ما يستفيده بعد الحرية، فكان ذلك أولى من إبطال اليمين وحملها على ما يضاف إليه في الحال، كمن قال لأجنبية: إن طلقتك فعبدي حر، إن ذلك يحمل على طلاقها بعد ما تزوجها، وعلى هذا الخلاف إذا قال الحر: في كل مملوك أملكه فهو حر، قال أبو يوسف:

---

(١) المثبت من (أ)، وفي (ب) (اشترى مالاً).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

(٣) في (أ) (يستقبل).



قياس قول أبي حنيفة (أنه يحمل على ما في ملكه في الحال، وقال محمد)[١]: يحمل على ما يملكه إذا صار مسلماً أو ذمياً.

٢١٤٥ ـ فَصْل: [العتق إذا أضاف الحرية إلى ملك]

ولو قال العبد أو المكاتب: إذا أُعتقت فملكت عبداً (فهو حر، فعتق وملك عبداً)[٢] عتق في قولهم؛ لأنه أضاف الحرية إلى ملك صحيح.

٢١٤٦ ـ فَصْل: [قول الرجل: لله عليّ عتق نسمة أو طعام مسكين]

وقد قالوا في عبد قال: لله عليّ عتق نسمة أو طعام مساكين، لزمه ذلك وكان عليه إذا عتق؛ لأنه علق الإيجاب بذمته، وذمته تحمل الإيجاب، ولو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر، وإن اشتريت [٢٢٩/أ] هذه الشاة فهي هَدْيٌ، لم يلزمه ذلك في قياس قول أبي حنيفة حتى يقول: إن اشتريتها بعد العتق؛ وذلك لأن العبد مضاف إليه الشراء في الحال وبعد الحرية، والحال أهمّ.

وقال أبو يوسف: يلزمانه جميعاً، على أصله أن تصحيح اليمين أولى من إبطالها، وقالوا جميعاً في مكاتب أو عبد قال إن دخلت هذه الدار فعبدي هذا حر، ثم عتق ودخل الدار، لم يعتق العبد؛ لأنه لم يضف حريته إلى ملك، وقد قالوا فيمن قال لحرة: إن ملكتك فأنت حرة، فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف، فإنها لا تعتق في قياس قول أبي حنيفة، وتعتق في قولهما، ذكر ذلك محمد في الجامع الكبير، والوجه فيه: أن الحرة تضاف إليه بالملك على وجه المجاز؛ لأنه يقال ملكها إذا تزوجها، ويضاف إليه بالملك على

(١) ساقطة من (أ).

(٢) ساقطة من (أ).

وجه الحقيقة بعد الاسترقاق، والحال أهم، فيحمل عليها.

وعلىٰ قولهما: الواجب حمل اليمين علىٰ حقيقة الملك، ولو قال إذا ارتددت فسبيت فاشتريتك فأنت حرة، أو ملكتك فأنت حرة، فكان ذلك، عتقت في قولهم؛ لأنه أضاف العتق إلىٰ ملك في الحقيقة.

٢١٤٧ - فَصْـل: [العتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي]

ومن هذا النوع إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترىٰ مملوكاً آخر، ثم مات، كان الذي ملكه قبل [اليمين][1] مدبراً والآخر غير مدبر، [إلا أنه] يعتق من الثلث.

وعن أبي يوسف: أن من استفاد ملكه بعد اليمين لا يعتق.

لهما: أن قوله كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي وصية؛ بدلالة اعتباره من الثلث، والوصية إذا تعلقت من الثلث انصرف إلىٰ ما يملك في الثاني، وما في ملكه في الحال، كمن قال: أوصيت لفلان بثلث مالي.

لأبي يوسف: أن قوله أملكه أخص بالحال منه بالمستقبل، الدليل عليه قوله كل مملوك أملكه فهو حر إن كلمت فلاناً، وهذا ليس بصحيح؛ لأن الظاهر ما قال في الحال إلا إنْ حملنا اليمين علىٰ الاستقبال بالدلالة التي ذكرناها.

وإنما كان الذي في ملكه مدبراً؛ لأنه علق عتقه بالموت علىٰ الإطلاق، وأما الذي استفاده فعلق عتقه بالموت مع شرط آخر فلم يكن مدبراً.

---

(١) المثبت من (أ)، وفي (ب) (التدبير).

٢١٤٨ ـ فَصْـل: [العتق فيما إذا قال: إن اشتريت فملكت]

وهذه المسائل مبنية على من قال لعبد: إن اشتريتك فأنت حر، ثم اشتراه عتق عليه، وقال بشر المريسي: لا يعتق.

لنا: أن الشراء سبب في الملك في الظاهر، فإذا ذكر السبب فكأنه ذكر المسبب، ولأنه لما علق بالشراء العتق، وذلك لا يكون إلا فيما يملكه بالشراء، فكأنه قال: إن اشتريت فملكت.

وجه قول بشر: أن الشراء قد يوجب الملك وقد لا يوجب الملك، ألا ترى أنه يشتري بشرط الخيار ويشتري لغيره، فلم يكن الشراء موجباً للملك، والعتق إذا لم يضف إلى الملك لم يقع، ويحتج بشر بأن من قال لزوجته وهي أمة: والله لا أطؤك حتى أشتريك، لم يكن مولياً، ولو كان الشراء سبباً في الملك لكان مولياً، كمن قال: لا أطؤك ما دام النكاح بيني وبينك، والجواب أنا نحمل قوله (حتى أشتريك) على عموم الشراء، وذلك تارة يملك به وتارة لا يملك به، فكأنه قال: لا أطؤك حتى أشتريك [فأملكك][1] أو لا [أملكك]، وكأنه قال في مسألتنا: إن اشتريتك فملكتك أو لم أملكك فأنت حرة، فيقع العتاق.



(١) الزيادة من (أ).




بَابُ
الرجل يعتق ما تلد الأمة

قال أبو الحسن: إذا قال الرجل لأمته: كل ولد تلدينه فهو حر، أو قال: إذا ولدتِ ولدًا فهو حر، فإنه يعتبر في صحة هذا العقد الأمة، فإن كانت في ملكه يوم حلف صَحَّ العقد وعتق كل ولد تلده وهو في ملكه.

والأصل في هذا: أنه إذا أطلق اليمين اعتبر كون الأصل في ملكه؛ لأن مَنْ عقد يمينه علىٰ ما يملك، لم يحتج إلىٰ إضافته إلىٰ الملك، كمن قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، كذلك إذا كان الأصل الذي يتولد منه الولد في ملكه، فأما الوقوع؛ فإن ولدت ولدًا في ملكه عتق لوجود الشرط فيما يملك، وإن ولدت في غير ملكه لم يعتق، كمن باع عبده ثم دخل الدار، فأما إذا أضاف الولادة إلىٰ الملك فقال: كل ولد تلدينه في ملكي فهو[1] حر، فالعقد صحيح وإن لم تكن الجارية في ملكه، كمن قال لعبد لا يملكه: إن دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حر[2].

٢١٤٩ ـ فَصل: [العتق فيما إذا قال: ما في بطنك حر]

ولو قال: ما في بطنك حر، أو إذا ولدت ما في بطنك حر، فإن جاءت بولد لم يحكم بأنه كان في بطنها [يوم حلف، عتق ما في بطنها][3] في قوله إذا ولدت

(١) في (أ): فأنت حرة

(٢) انظر: الأصل ١٢٦/٥.

(٣) الزيادة من (أ).

ما في بطنك يوم تلد ؛ وذلك لأن الأصل في ملكه ، فإذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر فقد حكمنا بوجوده عند اليمين وهو علىٰ ملكه يوم الولادة فيعتق[1].

٢١٥٠ ـ فَصْل: [العتق فيما إذا قال لعبد: كل ولد يولد لك فهو حر]

ولو قال لعبد في ملكه أو في غير ملكه: كل ولد يولد لك فهو حر ، فهو سواء كان ولد للعبد من أمة يملكها الحالف يوم حلف ، عتق إذا ولدت الولد في ملكه ، وإن لم تكن الأمة في ملكه يوم حلف ، فبطل اليمين ؛ وذلك لأن المولىٰ لا يملك ولد عبده بملك العبد ، ألا ترىٰ أنه إن ولد له من حرة فالولد حر ، وإن ولد له من أمة لغير السيد فالولد عبد لمولاها ، فلم يؤثر ملك العبد في اليمين علىٰ الولد ، وإنما يؤثر في ذلك ملك الحالف للأم ، فإن كانت في ملكه فقد عقد علىٰ ما يملكه ، فلا يعتبر الإضافة إلىٰ الملك ، وإن كان لا يملكها فقد عقد علىٰ ما لا يملكه ، فإن أضاف ذلك إلىٰ الملك انعقد وإلا لم ينعقد.

٢١٥١ ـ فَصْل: [العتق فيما إذا قال: إذا ولدتِ ولدًا فهو حر ، فولدت ولدًا ميّتًا]

ولو قال لأمته: إذا ولدت ولداً فهو حر ، فولدت ولداً ميتاً ، لم يعتق ، وإن ولدت بعده ولداً آخر حياً ، عتق الثاني في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق.

وجه قوله: أن الحكم الذي عَلَّقَه بالولادة هو العتق ، وذلك لا يصح إلا مع وجود الحياة ، فصار ذلك شرطاً ، فكأنه قال إن ولدت ولداً حياً ، ألا ترىٰ أنه لو قال إن ضربتك فعبدي حر فضربه بعد موته لم يعتق العبد ؛ لأن المقصود بالضرب

---

(١) انظر: الأصل ٥/١٢٩.

الألم؛ وذلك لا يكون إلا مع الحياة فكأنه شرطها، ولا يقال: لو قال لها: إن ولدت ولداً فهو حر وعبدي فلان، فولدت ولدًا ميتاً (عتق عبده)[1] ولو لم تكن هذه الولادة شرطاً لم يعتق العبد.

والجواب: إن وقوع العتق [٢٣٠/أ] على عبده لا يقف على حياة الولد، فلم يشرط ذلك في عتقه وإن شرط في عتق الولد، وليس يمتنع أن يحلف يميناً واحدة فيوجد شرطها في حق شرط شخص دون شخص، ألا ترى أنه لو قال لها: إن حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت: قد حضت وكَذَّبَها [الزوج] وقع الطلاق عليها [ولم يقع] على الأخرى، وإن كان الشرط شرطاً واحداً، فإن قيل: لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر، ثم باعه فدخلها، فقد وجد شرط اليمين وانحلت، فإن اشتراه ودخل لم يحنث، وإن كان العتق لا يقع إلا في ملك، ولم يصر ذلك شرطاً.

والجواب: أن العتق في غير ملك يتعلق به حكم، ألا ترى أنه يقف على إجازة المولى، فلم يحتج إلى شرط الملك في تصحيح الكلام، والعبد الميت لا يعتق بحال؛ فلذلك احتجنا إلى شرط الحياة.

وكان أبو سعيد البردعي يقول: إن الولد الميت ولد في حق غيره وليس بولد في حق نفسه؛ بدلالة أن الأم تصير به أم ولد وتنقضي عدتها، ولا ترث ولا تستحق بالوصية، ووقوع العتق عليه حق له، فلم يكن ولدًا في حق نفسه، وإن كان ولدًا في حق العبد الذي علق عتقه بولادته، ولا يقال: فَهَلَّا كان ولداً في حق الولد الثاني حتى لا يعتق عليه الثاني.

---

(١) في (أ): غير موجود



قلنا: لو صار ولداً في حق المولىٰ لعتق لوجود شرط يمينه، فيؤدي ذلك إلىٰ أن يصير ولداً في حق نفسه، وهذا لا يصح؛ ولأن الحقوق التي تثبت للحمل [يقف] علىٰ الولادة حياً، فإذا وجد ميتًا جعل الميت كأن لم يكن، ويكون الحكم كله [للحي][1]، ألا ترىٰ أنه لو قال أوصيت بثلث مالي لما في بطن هذه، فولدت حياً وميتاً، كان جميع الوصية[2] للحي.

وجه قولهما: أن الولادة موجودة في الحي والميت، فإذا وجد شرط اليمين ولم يصح الوقوع انحلت، فلم يقع علىٰ الثاني [شيء][3].

٢١٥٢ـ فَصْل: [قول السيد: أول عبد يدخل عليّ فهو حر]

وقد قال محمد في الأصل: إذا قال أول عبد يدخل عليّ فهو حر، فأدخل عليه عبد ميت ثم حيّ، عتق الحيّ، ولم يذكر في الأصل خلافاً، فمن أصحابنا من قال هذا قول أبي حنيفة؛ لأن العتق لما لم يصح إلا مع الحياة، فكأنه قال: أول عبد يدخل عليّ حياً.

فأما علىٰ قولهما: فلا يزاد في شرط اليمين فلا يعتق الثاني، كمسألة الولادة، ومن أصحابنا من قال: هذا قولهم وهو الصحيح؛ لأن العبد عبارة عن من تعلق به الرق، والرق يبطل بالموت، فليس بعبد بعد موته في الحقيقة، فلم يعتد به فلم يعتق الثاني.

---

(١) في (ب) (للحر)، والمثبت من (أ).
(٢) في (أ): المال
(٣) انظر: الأصل ٥/١٣٠.



٢١٥٣ ـ فَصْل: [العتق فيما إذا قال: إن كان أول ولد تلدينه غلا ما فأنت حرّة]

ومن هذا النوع ما ذكره في الجامع فيمن قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، فولدت غلاماً وجارية لا يدرىٰ أيهما الأول، وتصادقوا [جميعًا][1] أنهم لا يدرون أيهم ولد أولاً، فإن أبا حنيفة قال: الغلام عبد، ويعتق من الجارية نصفها، ويعتق من الأمة نصفها، ويسعىٰ في نصف قيمتها، ولم يحك في الجامع خلافاً.

وقال عمرو والكيساني عن محمد: لست أقول هذا القول، ولكني أستحلف المولىٰ علىٰ علمه بالله ما يعلم الغلام ولد أولاً، فإن نكل عن اليمين عتقت الأم وابنتها وكان الغلام عبداً، وإن حلف كانوا جميعاً [أرقاء][2]، وكذلك إن لم يخاصم المولىٰ حتىٰ مات ثم خاصموا ورثته من بعده، فأقر أنه لا يدري، وحلف بالله العظيم ما يعلم الغلام ولد أولاً، فهو رقيق.

وجه ما قال في الجامع الصغير: أن الغلام إن كان أولاً عتقت الأم وما في بطنها، وإن كانت الجارية أولاً لم يعتق واحد منهم، فالغلام عبد بكل حال، والجارية والبنت يعتقان في حال دون حال، فيعتق نصفهما علىٰ أصلنا في اعتبار الأحوال.

وجه قول محمد: أن الأحوال يعتبر بعد الموت لتعذر الرجوع إلىٰ البيان، وقد أمكن الرجوع في مسألتنا إلىٰ قول الحالف، فلم يعتبر الأحوال.

والجواب أنهم: إذا اتفقوا أنهم لا يعلمون الأول، لم يجز للحاكم تكليف

---

(١) الزيادة من (أ).

(٢) الزيادة من (أ).



المولىٰ اليمين علىٰ ما لا يعلم، فصار كالميت[1].

٢١٥٤ ـ **فَصْـل: [العتق فيما قال: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا فأنت حرّة، أو جارية، فالجارية حرّة، فولدت غلاماً وجارية]**

قال محمد في الإملاء: لو كان المولىٰ قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، فإن كانت جارية فالجارية حرة، فولدت غلاماً وجارية لا يدرىٰ أيهما أولاً، وحلف المولىٰ بالله لا يعلم أن الغلام ولد أولاً، فإن البنت حرة علىٰ كل حال، والغلام عبد علىٰ كل حال، ويعتق نصف الأم وتسعىٰ له في نصف قيمتها، قال: وقولي وقول أبي حنيفة في هذه المسألة [والأولىٰ] سواء؛ وذلك لأن الغلام إن ولد أولاً عتقت الأم والجارية بعتقها، وإن ولدت الجارية أولاً عتقت فهي حرة بكل حال [والغلام عبد بكل حال][2] والأم تعتق في حال ولا تعتق في حال، فيعتق نصفها. وإنما فرق محمد بين هذه المسألة والأولىٰ؛ لأن هاهنا عتقًا متيقنًا لا محالة، فإذا جهل اعتبرت الأحوال، وفي المسألة الأولىٰ لا يتيقن وقوع العتق فلذلك رجع إلىٰ الثاني[3][4].



(١) انظر: الأصل ١٢٧/٥.
(٢) الزيادة من (أ).
(٣) في أ (البيان).
(٤) انظر: المصدر السابق ١٢٨/٥.




بَابُ
العتق على مال

قال بشر: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لعبده إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر، [أو متىٰ أديت، أو إن أديت][1]، فإن أبا حنيفة قال: ليس هذا بمكاتب وللمولىٰ أن يبيعه، وكذلك قال أبو يوسف ومحمد.

والأصل في هذا: أن العتق يجوز أن يشرط في مقابلته المال؛ لأنه إسقاط حق فيه معنىٰ المال، ألا ترىٰ أن من أعتق عبده في مرضه ولا مال له غيره، لزمه المال من غير شرط، وما كان فيه معنىٰ المال جاز أن يؤخذ منه العوض كالصلح من العيب علىٰ مال؛ ولأن الطلاق يجوز أخذ العوض عنه وإن لم يكن فيه معنىٰ المال؛ فلأن يجوز أخذ العوض عن العتق وفيه معنىٰ المال أولىٰ.

وقد قالوا في العتق علىٰ مال: إنه في حكم اليمين من وجه وفي حكم الكتابة من وجه؛ وذلك لأنه عتق متعلق بعوض كالكتابة [وليس بكتابة]؛ لأنه صرح بوقوع العتق عند الشرط، فصار كقوله إن دخلت الدار، ولأن الكتابة إما أن تقع علىٰ نجوم معلومة أو بمال معجل، وفي مسألتنا لم ينجم المال ولا هو بمعجل، [فلم يكن] كتابة.

وقد قال محمد: إنه [إذا قال]: أنت حُرٌّ عَلىٰ ألفٍ تؤديها إليّ نجوماً في كل شهر كذا، فهي كتابة؛ وذلك لأنه بمعنىٰ الكتابة: وهو العتق المعلق بالمال

(١) الزيادة من (أ).

المنجم، ومعنى العقد عندنا كعبارة العقد [٢٣١/أ].

قال أبو الحسن: فإن أدّىٰ المال قبل أن يبيعه، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدًا قالوا: يجبر المولىٰ علىٰ قبوله ويعتق العبد، وهذا استحسان، والقياس: لا يجبر؛ لأنه عتق معلق بالشرط، فصار كدخول الدار، وإنما استحسنوا فقالوا: إن المولىٰ يجبر؛ لأنه أوجب العبد العتق بالأداء، فلم يكن له الامتناع منه، كما لو علق العتق باختياره.

وقد قال محمد: إن العبد إذا أحضر المال بحيث يتمكن المولىٰ من قبضه، عتق؛ لأن الأداء عندنا في الأموال يقع بتخلية، ولا يعتبر فيها مباشرة القبض، فإذا خلّىٰ بينه وبين المال، صار المولىٰ قابضاً، فعتق بوجود الشرط.

فإن قيل: فأي معنىٰ لقولهم إن المولىٰ يجبر استحساناً، قلنا إنما يجبر إذا أحضر بعض المال فامتنع المولىٰ من قبضه، أو لم يحضر ولكن خاطب المتولي علىٰ قبضه فامتنع، فإن القاضي يقول للعبد أحضر المال، فإن أحضره عتق؛ ليتمكن المولىٰ من قبضه، فإن لم يحضر[1] ألزم المولىٰ قبوله له إذا أحضره، فيكون للإجبار فائدة، فأما مع الإحضار فلا معنىٰ له[2].

ولم يبين بِشْرٌ في روايته: أن إحضار المال[3] يقف علىٰ المجلس الذي قاله المولىٰ فيه أو لا يقف، وقد ذكر في الأصل أنه إذا قال لعبده: إن أديت إلي ألفاً فأنت حر، إن ذلك علىٰ المجلس، وظاهر رواية بشر: أنه لا يقف علىٰ المجلس؛

(١) في (أ): يقبل

(٢) في (أ) فلا فائدة له

(٣) في (أ): إجبار المولىٰ

لأنه (سوّىٰ بين (إن، وإذا، ومتىٰ)، ولا شبهة في أنّ قوله إذا ومتىٰ)[1] لا يقف علىٰ المجلس؛ لأن فيها معنىٰ الوقت، وقد ذكر بشر عطفاً علىٰ روايته أن المولىٰ إذا باعه ثم اشتراه فأدىٰ المال عتق، ويبعد أن يقف هذا في المجلس.

فوجه رواية بشر: أنه عتق معلق بشرط فلا يقف علىٰ المجلس، كقوله إن دخلت الدار.

وجه ما في الأصل: أن العتق المتعلق بالأداء متعلق باختيار العبد، فكأنه قال أنت حر إن شئت، فيقف علىٰ المجلس.

٢١٥٥ - فَصْل: [العتق في العتق المعلق بشرط]

قال أبو يوسف: فإن مات المولىٰ قبل أن يؤديها إليه، فالعبد رقيق يباع وذلك لما بينا أنه ليس بكتابة، وإنما عتق معلق بشرط، فيبطل بموت المولىٰ كالأيمان.

[ولهذا قالوا: إن المولىٰ يملك أن يبيعه؛ لأنه عتق معلق بشرط، فلا يمنع البيع، كقوله إن دخلت الدار.

قال: فإن مات العبد قبل أن يؤديها وترك مالاً، فهو كله لمولاه؛ وذلك لأنه عتق معلق بشرط، فيبطل بموت العبد كاليمين][2].

٢١٥٦ - فَصْل: [العتق إذا أدّىٰ العيد من مال اكتسبه قبل القول]

[قال]: فإن أدىٰ العبد من مال اكتسبه قبل القبول، عتق، فرجع المولىٰ عليه

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من الأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من (أ).



بمثله ؛ وذلك لأن ما اكتسبه قبل إيجاب الحرية ملك المولىٰ ، فإذا أداه فقد أدىٰ مالاً مغصوباً ، وملك الغير إذا أَدّي في الدين تعلق بأدائه حكم ، ووقف علىٰ إجازة مالكه ، فإذا حصل الأداء المشروط عتق العبد ، وللمولىٰ الرجوع بمثله ؛ لأنه لم يسلم له العوض الذي قصده ، فهو كما لو غصب من أجنبي ألفاً فأداها عتق بها ، وللأجنبي أخذها ويرجع المولىٰ بمثلها .

٢١٥٧ ـ **فَصْل: [العتق إذا أدّىٰ من مال اكتسبه بعد القول]**

قال: [فإن] أدىٰ من مال اكتسبه بعد القبول ، صَحَّ الأداء وعتق العبد ، ولم يرجع عليه بما أدّىٰ ، وإنما صَحَّ الأداء ؛ لأن العبد لا يقدر علىٰ أداء المال إلا من اكتسابه فتعلق العقد بها .

وقد قالوا: إن المولىٰ إذا أعتق عبده علىٰ مال ، صار مأذوناً ؛ لأنه لا يقدر علىٰ الكسب إلا بالتصرف ، وقد كان القياس عندهم: أن يعتق مما يكتسب ثم يرجع المولىٰ عليه بمثله بعد الحرية ؛ لأنه أدىٰ من [مال][1] المولىٰ كما لو اكتسبه قبل الإيجاب ، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: إن العقد لما اقتضىٰ الأداء قبل الحرية تناول القضاء[2] من الاكتساب ، [وصار من هذا الوجه] كالمكاتب .

قال: فإن بقي بعد الأداء في يده مال مما اكتسبه فهو للمولىٰ ؛ وذلك لأنه ليس بمكاتب ، وإنما حريته تعلقت بشرط ، فما اكتسبه قبل وقوع الحرية [فهو للمولىٰ][3]، وليس كذلك المكاتب ؛ لأنه في يد نفسه ، والمولىٰ لا سبيل له علىٰ إكسابه مع بقاء الكتابة ، فبعد الحرية أولىٰ .

(١) في (ب) (الحال) ، والمثبت من (أ).
(٢) في (أ): الأداء.
(٣) الزيادة من أ.

٢١٥٨ ـ **فَصْـل: [الرجل يقول لعبده: إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر]**

وقال بشر عن أبي يوسف: في رجل قال لعبده: إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر، فجعل يؤدي إليه العشرة والعشرين والخمسة حتىٰ أدىٰ الألف، قال: يعتق ويجبر المولىٰ علىٰ أن يأخذ مما جاء به، وكذلك قال محمد؛ وذلك لأنه لما أوجب له الحرية بالأداء، لم يكن له الامتناع من القبض كالمكاتب.

٢١٥٩ ـ **فَصْـل: [قول المولىٰ لأمته: إن أديت إليّ ألفًا، فأنتِ حرّة]**

قال: ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت، لم يعتق ولدها كذلك؛ لأنه عتق متعلق بشرط فلا يسري إلىٰ الولد، كما لو عَلَّقه بدخول الدار؛ ولأنا بيّنا أن بيع المولىٰ فيها[1] جائز، فلو تعلق بها حق يسري إلىٰ الولد، لم يجز البيع.

٢١٦٠ ـ **فَصْـل: [قول العبد للمولىٰ: حطَّ عني مائة]**

قال: ولو قال العبد للمولىٰ: حطَّ عني مائة، فحطَّ المولىٰ عنه، فأدىٰ تسعمائة لم يعتق؛ وذلك لأن العتق يقع[2] بحكم الشرط، والمولى لا يملك تغيير موجب اليمين بعد انعقادها، وليس كذلك الكتابة؛ لأن الحكم[3] يقع فيها بحكم المعاوضة، فالحَطّ يلحق بالعقد كما يلحق في البيع، يبين الفرق بينهما أنه لو أبرأه من مال الكتابة عتق، ولو أبرأه في مسألتنا من المال لم يعتق، ولذلك اختلف الحط فيهما.

٢١٦١ ـ **فَصْـل: [الحكم في الملك الثاني في العتق المعلق بشرط]**

قال: ولو باعه ثم اشتراه فأداها إليه فهو حر، وأجبره علىٰ أن يأخذها منه

---

(١) في (أ): لرقبتها
(٢) في (أ) العبد يعتق
(٣) في (أ) العتق



عند أبي يوسف، وقال محمد في الزيادات: لا يجبر على قبولها، فإن قبلها عتق، قال: وكذلك لو رد عليه بخيار أو بعيب.

وجه قول أبي يوسف: أن العتق معلق بشرط، فحكمه في الملك الثاني كحكمه في الأول كدخول الدار.

وجه قول محمد: أن إجبار المولى على القبض ليس بحكم [المشروط](١) وإنما هو يشبه [٢٣٢/أ] العقد بالكتابة، فإذا زال مِلْك المولى بطل ما فيه من الشبه بالكتابة؛ لاستحالة بقاء ذلك مع زوال الملك، فلم يبق إلا معنى الشرط المحض، فلا يجبر المولى عليه.

٢١٦٢ ـ **فَصْل: [فيمن قال لعبده في مرضه: إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر]**

روى ابن سماعة عن محمد ـ فيمن قال لعبده في مرضه ـ: إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر، وقيمة العبد ألف، فأداها من مال اكتسبه بعد القول، فإنه يعتق من جميع المال، استحسن أبو حنيفة ذلك، وقال زفر: يعتق من الثلث، وهو القياس.

ووجهه: أن اكتساب العبد على ملك المولى، فإذا أسقط حقه عن الرقبة بها فهو متبرع كالعتق المبتدأ، وليس كذلك الكتابة؛ لأن المولى لا يملك الاكتساب [فصارت عوضًا عن الرقبة.

وجه الاستحسان](٢): أن الأكساب لم تكن على ملك المولى، وإنما صار العتق سببًا في تحصيلها(٣) كالكتابة.

(١) في (ب) (الشرط)، والمثبت من (أ).
(٢) الزيادة من (أ).
(٣) في (أ) (تخليصها).



بَابُ
العتق الذي يقع بقبول المال قبل أدائه

قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل لعبده: أنت حر علىٰ ألف [درهم]، أو بألف [درهم]، أو [علىٰ أن] تعطيني ألفًا، أو علىٰ أن تؤدي إليّ ألفاً، أو علىٰ أن تجبني بألف، أو علىٰ أن لي عليك ألفاً، أو علىٰ ألف تؤديها، فقَبِلَ العبد، فهو حر الساعة حين قَبِلَ، وعليه ما شرط دَيْناً، وهو حر في جميع أحكامه قبل الأداء؛ وذلك لأنه لما [أعتقه بعوض][1] فزال ملكه بقبول العوض، كما لو باعه، وكما لو طلق امرأته بعوض، وليس كذلك في الباب الأول؛ لأنه علق العتق بحصول العوض فلم يعتق قبله، قال: وكذلك لو أعتقه علىٰ طعام موصوف، أو شيء من المكيل معلوم الجنس، أو علىٰ موزون مثل ذلك؛ لأن هذا يَصِحُّ أن يكون بدلاً من[2] البيع، فكذلك في العتق، وكذلك في العوض بعينه [أو بغير عينه][3]؛ لأن [عقد][4] البيع يجوز أن يقع عليه، فكذلك العتق، وعدم ملكه لا يمنع من تعلق العقد به؛ لأن [العتق][5] يجوز أن يقع عليه قيمة الشيء، فإذا أوقعه علىٰ ملك الغير[6] صَحَّت التسمية؛ لأنه إن سَلَّمه المالك وإلا وجبت قيمته.

---

(١) في (ب) (اعتقد)، والمثبت من (أ).

(٢) في (أ) (عوضًا في البيع).

(٣) الزيادة من (ج).

(٤) في (ب) (عتق)، والمثبت من (أ).

(٥) في (ب) (العقد)، والمثبت من (أ)، (ج).

(٦) في (أ) (علىٰ تلك العين).




قال: وكذلك [عوض بغير عينه][1] معلوم الجنس؛ [وذلك] لأنه بدل عما ليس بمال، فإذا كان معلوم الجنس جاز وإن جهلت الصفة كالمهر، [قال]: ولو كانت أمة فقبلت، ثم ولدت ثم ماتت، لم يكن على الولد أن يسعى في شيء مما أعتقت عليه؛ وذلك لأنها عتقت بالقبول، ودين الحرة لا يلزم ولدها.

وقد ذكر [الرازي]: أن المستسعى على ضربين: كل من يسعى ليخلص رقبته، فهو في حكم المكاتب عند أبي حنيفة، ومن يسعى في بدل رقبته [الذي لزمه بالعتق، أو في قيمة رقبته لأجل ترك شرط لها عليه، ولِدَيْن ثبت في رقبته][2]، فهو بمنزلة الحر في أحكامه، مثل: أن يعتق الراهن عبده وهو معسر، وكذلك المأذون إذا أعتق وعليه دين، وكذلك أمة أعتقها مولاها على أن تتزوجه فقبلت[3] ثم أبت، فإنها تسعى في قيمتها وهي بمنزلة الحرة، وكذلك لو قال لعبده: أنت حر على قيمة رقبتك، فقَبِلَ ذلك فهو بمنزلة الحر؛ وذلك لأن السعاية في هذه المسائل لزمت بعد وقوع الحرية، وفي الفصل الأول إنما يسعى ليتوصل بالسعاية إلى الحرية عند أبي حنيفة، وعلى هذا لو أبرأ المولى المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر، وعليه أن يؤدي الكتابة؛ وذلك لأن البراءة تقتضي الحرية، وسقوط العوض والحرية لا تبطل بالرد، والمال يبطل بالرد، فعتق، ولزمه المال.

٢١٦٣ - فَصْل: [أداء ما شرط من الوصف والجنس للعتق]

قال: وما وصف وما ذكر جنسه مما وقع عليه العتاق، فعليه ما شرط من

---

(١) في (ب) (تعين عتقه)، والمثبت من (أ)، (ج).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من (أ)، (ب)، والمثبت من (ج).

(٣) في (أ) (فعتقت).

ذلك ؛ لأن العين فيه أعدل من القيمة ، وما سمىٰ جنسه ولم يوصف فعليه الوسط منه ؛ لأنه [بدل][(١)] عما ليس بمال ، فجاز أن يثبت في الذمة مع جهالة الصفة ، ويستحق منه الوسط كالديات.

قال: وإن لم يسم جنسه فقال: أنت حر علىٰ ثوب ، فقَبِلَ العبدُ ، عتق ، وعليه قيمة نفسه ؛ وذلك لأن جهالة الجنس أكثر من جهالة القيمة ، فمنعت التسمية ، وهذا علىٰ ما قدمناه في النكاح.

٢١٦٤ ـ فَصْل: [فيما إذا استحق عليه العوض رجع بالقيمة]

وإن استحق عليه العوض وكان بغير عينه في العقد فعلىٰ العبد مثله ؛ وذلك لأن العوض مأخوذ عما وقع عليه العقد ، فإذا استحق الفسخ فيه القبض فبقي موجب العقد بحاله.

قال: وإن كان عيناً في العقد وهو [عرض][(٢)] أو حيوان ، رجع علىٰ العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: يرجع بقيمة المستحق.

وجه قولهما: أن كل واحد من العوضين له قيمة ، وقد تعذر الفسخ بالعتق فوجب الرجوع بقيمة ما خرج من ملكه ، كمن باع عبداً بجارية فأعتقها ومات العبد قبل التسليم.

وجه قول محمد: أنه عقد لا يلحقه الفسخ ، فإذا استحق العوض رجع بقيمته: كالخلع ، والصلح من دم العمد.

---

(١) في (ب) (يزول) ، والمثبت من (أ) ، (ج).

(٢) في (ب) (عوض) والمثبت ـ ن (أ).




٢١٦٥ ـ فَصْـل: [فيما إذا باع المولىٰ العبد من نفسه بعوض]

وإذا باع المولىٰ العبد من نفسه بعوض، أو وهب له نفسه علىٰ عوض، فله أن يبيع العوض قبل القبض [بعوض]؛ وذلك لأنه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه، فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث.

٢١٦٦ ـ فَصْـل: [اختلاف المولىٰ والعبد فيما وقع به العتاق]

وإن اختلف المولىٰ والعبد فيما وقع به العتاق، فالقول قول العبد، والبينة علىٰ المولىٰ؛ وذلك لأن العبد هو المستحق عليه، فكان المرجع إلىٰ قوله، والبينة بينة المولىٰ؛ لأنها تثبت الزيادة، وفي الباب الأول إذا علّق العتق بالأداء، فاختلف في [مبلغ][1] المال، فالقول قول المولىٰ؛ لأنه اختلاف في شرط اليمين.

فإن [أقاما][2] البينة [فالبينة] بينة العبد؛ لأنا نقضي بالبينتين، ونجعل كأنّ المولىٰ عتقه بكل واحد من الشرطين فأيهما وجد عتق.

٢١٦٧ ـ فَصْـل: [فيما إذا أعتق الرجل نصف عبده علىٰ عوض]

قال أبو حنيفة: إذا أعتق الرجل نصف عبده علىٰ عوض، فقَبِلَ، عتق نصفه بالعوض، ويسعىٰ العبد في نصف قيمته عن النصف الآخر، فإذا أدىٰ السعاية عتق باقيه، وهو قبل الأداء بمنزلة المكاتب في جميع أحكامه إلا أنه لا يرد في الرق.

---

(١) في (ب) (بيع) والمثبت من (أ)، (ج).

(٢) في (ب) (قام)، والمثبت من (أ).

وقال أبو يوسف ومحمد: عتق كله ولا سعاية عليه، وهذا فرع على اختلافهم في تبعيض الحرية، فعند أبي حنيفة: أن عتق البعض [٢٣٣/أ] لا يوجب عتق الباقي، وقد وجب إخراجه إلى الحرية، فلزمه السعاية. وعندهما: أن العتق لا يتبعض، فعتق البعض بعوض عتق الجميع بذلك العوض.

٢١٦٨ - فَصْل: [العتق على مالين]

وذكر في الزيادات: فيمن قال لعبده: [أنت حر على ألف درهم][1] أنت حر على مائة دينار، فقال العبد: قد قبلت ذلك، عتق، وكان عليه المالان جميعاً، وكذلك إن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً على ألف درهم، أنت طالق ثلاثاً على مائة دينار، فقالت: قد قبلت، طلقت ثلاثاً بالمالين جميعاً، وهذا على قول محمد.

وقال أبو يوسف ـ في مسألة الطلاق القبول على الكلام الأخير ـ فهي طالق ثلاثاً بمائة دينار، وقال أبو الحسن: وكذلك قياس قوله في العتق.

وجه قول أبي يوسف: أنه لما أوجب العتق بعوض ثم أوجبه بعوض آخر، انفسخ الإيجاب الأول وتعلق القبول بالثاني كإيجاب البيع.

وجه قول محمد: أن المولى لا يملك الرجوع عن إيجاب العتق، فلم يحمل الإيجاب الثاني على فسخ الأول، وصار زيادة فيه، فإذا قبل العبد لزمه الأمران [جميعًا].

(١) الزيادة من (أ)، (ج).



بَابُ
الخيار في العتق

قال [الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في هذا الباب][1]: أن العتق بغير بعوض والطلاق بغير عوض إذا شرط الخيار فيه للمولىٰ، أو للزوج، أو للعبد، أو للأمة، فالخيار باطل، والعتق والطلاق واقعان؛ لأن الخيار مشروط للفسخ، وفسخ الطلاق أو العتاق لا يَصِحُّ، فأما الطلاق علىٰ مال، [والعتاق علىٰ مال][2]، والصلح من دم العمد علىٰ مال، إذا شرط الخيار للمولىٰ أو للزوج أو للولي، بطل الخيار؛ [لأن] الذي من جهتهم لا ينفسخ فلا معنىٰ للخيار فيه.

وإن شرط الخيار للعبد أو للمرأة أو للقاتل، جاز الخيار؛ وذلك لأن الذي من جهتهم هو المال، وذلك مما يلحقه الفسخ، فصَحَّ شرط الخيار فيه؛ وذلك لأن المال كالأجنبي من هذه العقود، بدلالة أنها تخلو منه، ولا تفسد بفساده، فجاز شرط الخيار فيه وإن لم يجز فيها، وإذا ثبت هذا قلنا: إذا ردت المرأة أو العبد بطل العقد بردهما؛ لأن العتق والطلاق وقعا علىٰ المال، فإذا لم يسلم لم يقعا، وأما إذا فسخ[3]، فالقياس أن يبطل العفو؛ لأنه تعلق بشرط المال، ولم يسلم المال.

وروىٰ حفص بن عمرو عن محمد: أن القاتل إذا فسخ صَحَّ العفو ولزمته

(١) في (أ): (جملة هذا الباب)، والمثبت من (ج).
(٢) الزيادة من (أ)، (ج).
(٣) في (أ): القاتل

الدية استحساناً؛ وذلك لأن القصاص مما يسقط بالشبهة، وعفو الولي شبهة، فسقط بها القصاص، ويجب العوض؛ لأن الولي لم يرض بإسقاط القود بغير عوض، ولا عوض إلا الدية التي هي قيمة النفس.

٢١٦٩ ـ فَصْل: [شرط الخيار في الكتابة]

فأما الكتابة فيجوز فيها شرط الخيار للمولى أو للعبد؛ لأنها معاوضة يلحقها الفسخ، فجاز شرط الخيار في طرفها كالبيع.





بَابُ
الرجل يخيّر عبده في العتق

قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل لعبده: اختر العتق، أو خيرتك في العتق أو في عتقك، أو قد جعلت عتقك في يدك، أو أمر عتقك في يدك، أو أنت حر إن شئت، فهو بمنزلة ما يثبت لك في تخيير الطلاق في قوله: أمرك بيدك، إذا بين المولىٰ أنه جعل ذلك في العتاق، وتلفظ به، فما كان من الكلام الذي تلفظ به المولىٰ يوجب المجلس في الطلاق، فهو كذلك في العتاق، وما كان يوجب المجلس وغير المجلس في الطلاق، فالعتاق كذلك، والأصل في جواز تعليق العتق بفعل العبد: أن المولىٰ يملك إيقاع ذلك بنفسه، فملك أن [يفوض][(١)] الإيقاع إلىٰ غيره كالطلاق؛ ولأنه إذا علقه باختياره فقد علق العتق بشرط، فصار كتعليقه بسائر الشروط، وإذا ثبت هذا فما كان فيه لفظ تمليك فهو علىٰ المجلس؛ لأن التمليك علىٰ المجلس، إلا أن يدل دلالة علىٰ أن ما بعد المجلس يساوي المجلس في ذلك، وما لم يكن علىٰ وجه التمليك فهو إذن في التصرف، فلا يقف علىٰ المجلس كالوكالة، ولا يحتاج في ذلك إلىٰ نية المولىٰ إذا ذكر العتق والحرية في لفظه؛ لأنهما صريح فلا يفتقر إلىٰ النية، فإن خيره ولم يذكر العتق ولا الحرية، فلا بد من النية؛ لأنه يحتمل الخيار في العتق وفي غيره.

---

(١) في (ب) (يعوض)، والمثبت من (أ)، (ج).

بَابُ
الاستثناء في العتاق

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: قد ذكرنا الاستثناء في الطلاق والعتاق في كتاب الطلاق، (وقال الشيخ رحمه الله تعالىٰ)[1]: وجملة هذا أن الاستثناء علىٰ ضربين: استثناء بإلا، واستثناء بالمشيئة، فإن استثنىٰ بإلا في المعتقين، فهو استثناء صحيح في قولهم، مثل أن يقول: أنتم أحرار إلا سالماً؛ [لأن][2] الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي، وإن استثنىٰ بعض العتاق صَحَّ علىٰ قول أبي حنيفة؛ لأن العتق يتبعض، فيجوز أن يعتقه إلا نصفه، فأما علىٰ قولهما: فالعتق لا يتبعض، فاستثناء بعض المعتق لغو، ولا يتصور في العتاق استثناء بعض العدد؛ لأن العتق لا عدد له، والطلاق ذو عدد، فيجوز أن يطلق عدداً ويستثني بعضه.

فأما الاستثناء بالمشيئة، فإنها في العتاق كهي في الطلاق، وقد بَيَّنَّا ذلك، وقد قال محمد في نوادر ابن سماعة: إذا قال غلاماي حران سالم وبزيغ إلا بزيغاً، فإن استثناءه جائز؛ لأنه [ذكرهم][3] جملةً وأعتقهم، ثم فصلهم بعد وقوع لفظ الحرية، فلا يمنع ذلك من أن يكونوا جملة واحدة استثنىٰ بعضها، فيصح الاستثناء، وليس كذلك إذا قال سالم حر وبزيغ إلا سالماً؛ لأن كل واحدة جملة

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

(٢) في (ب) (إلا أن)، والمثبت من (ج).

(٣) الزيادة من (أ)، (ج).



بانفراده، واستثناء جميع الجملة لا يصح.

قال أبو الحسن: وإذا قال: أنت حُرٌّ وحُرٌّ إن شاء الله، بطل الاستثناء عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: الاستثناء جائز.

وجه قول أبي حنيفة: أن الحرية وقعت باللفظ الأول والثاني لغو، ففَصل بين الحرية والاستثناء، فصار كالفصل بالسكوت.

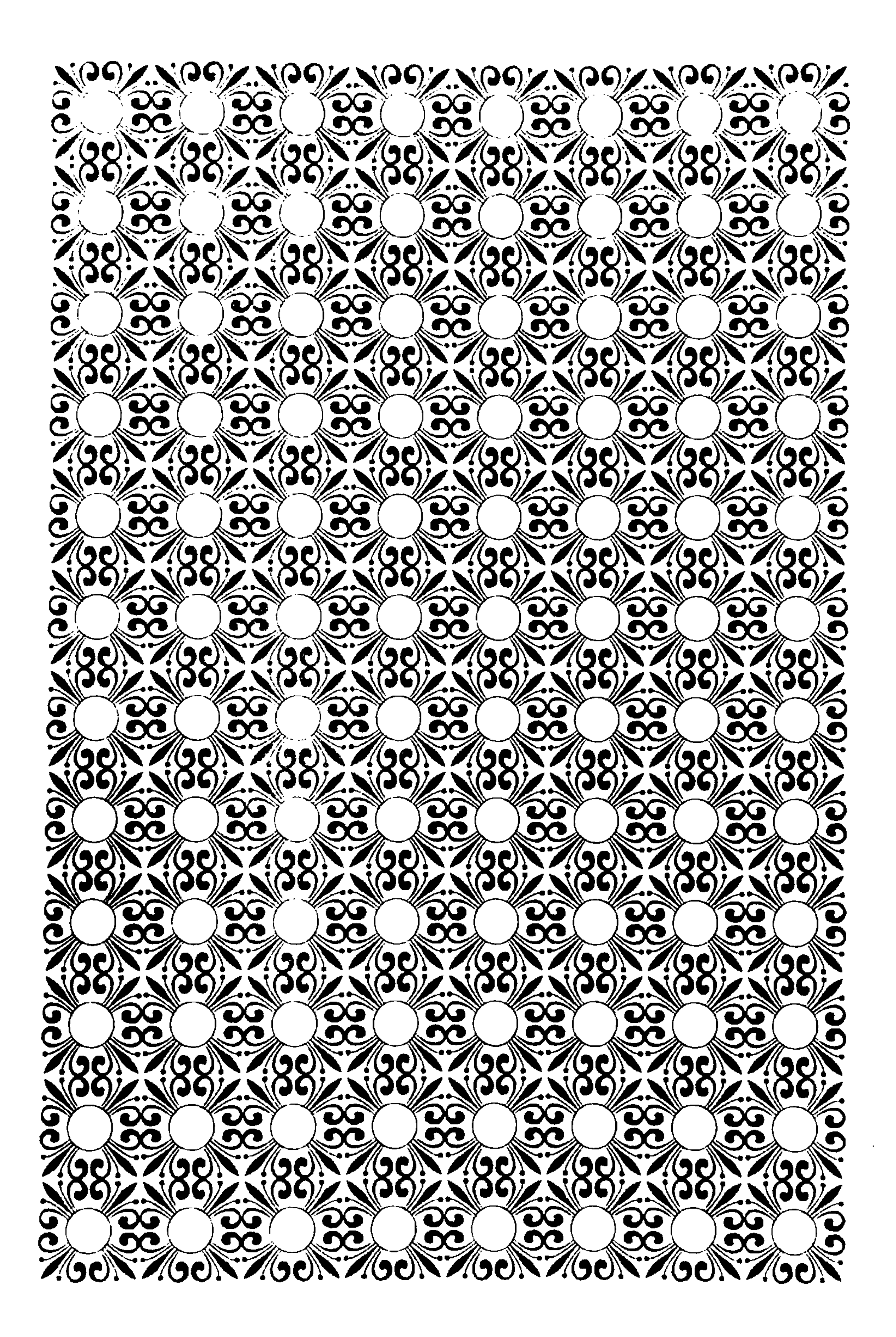
وجه قولهما: أنه كلام واحد معطوف بعضه على بعض، فلا يفصل الاستثناء منه، كما لو قال أنت حر لله إن شاء الله.

٢١٧٠ - **فَصْل**: [استثناء الواحد من العشرة]

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل له خمسة من الرقيق فقال: عشرة من مماليكي إلا واحداً أحرار، أنه يعتق الخمسة جميعاً؛ وذلك لأنه استثنى الواحد من العشرة، فكأنه قال تسعة من مماليكي أحرار، ولو قال مماليكي العشرة أحرار إلا واحداً عتق منهم أربعة؛ لأن هذا رجل استثنى واحداً من مماليكه وغلط في عددهم، فلا يمنع غلطه من صحة الاستثناء.

تم كتاب العتاق بحمد الله وعونه

وصلى الله على رسوله محمد وآله وسلم






بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

[٥١] كتاب الأيمان

[٢٣٤/ب] قال الشيخ ﷺ: اليمين في اللغة مشتقة من القوة، قال الشاعر:

إذا [ما] رايةٌ رُفِعت [لمجدٍ] ❁ تَلَقّاها عَرابَةُ باليَمِينِ[(١)]

فلما كانوا يتوثقون بالأيمان سموا التوثيق يميناً، وقيل: إنها مأخوذة من اليمين التي هي الجارحة؛ لأنهم كانوا يعاهدون بدفع أيمانهم فاشتقت اليمين من ذلك، واليمين على ضربين: يمين (مخاصم)[(٢)] وهي مأخوذة لتعظيم المقسم به، وذلك لا يكون إلا باليمين بالله تعالى؛ لأن هذا التعظيم يجري مجرى العبادة، والقَسَم: هو اليمين التي تعرفها العرب وإن كانوا لا يخصونها بالله تعالى.

والضرب الثاني: الشرط والجزاء، إذا قصد منها الامتناع عن فعل شيءٍ، أو الحث على فعله، ولم تجر عادة من أهل الشرع بخلاف ذلك، وهذا اليمين لا يعرفها أهل اللغة إنما صارت يميناً بعرف أهل الشرع، ألا ترى أنهم يقولون: حلف بطلاق امرأته، وحلف بعتق عبده، وإنما لحقت إحدى اليمينين بالأخرى؛ لأن اليمين الأولى جملة من مبتدأ وخبر وهذه جملة من شرط وجزاء، والكلام في اللغة ينقسم إلى هذين الجملتين، فألحقوا إحداهما بالأخرى[(٣)].

---

(١) من قول الحطيئة، كما في الصحاح للجوهري (يمين)، وقوله: (باليمين)، أي: بالقوّة.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) كما «أن القسم جملة إنشائية يؤكد بها جملة أخرى، ولهذا لم يجز السكوت عليه، فلا تقول: أحلف بالله، وتسكت، بل يجب أن تأتي بالمقسم عليه، فتقول: أحلف بالله لأفعلنّ؛ لأنك=

قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعاً: الأيمان تنقسم: يمين تكفَّر، ويمين لا تكفَّر، ويمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحِبَها.

وقد روىٰ أبو يوسف عن حصين بن عبد الرحمن عن أبي مالك الغفاري أنه قال: الأيمان ثلاثة كما قال محمد، وقال أبو الحسن: إنها ترجع إلىٰ قسمين: يمين علىٰ الماضي، ويمين علىٰ المستقبل، فاليمين علىٰ الماضي: يمين الغموس ويمين اللعن، واليمين علىٰ المستقبل: اليمين المنعقدة.

قال أبو الحسن: فأما اليمين التي تكفر: فالرجل يحلف علىٰ أمر تَرْكُه خَيرٌ من إمضائه، وإنما يريد بذلك ما بَيَّنَّاه أن اليمين علىٰ المستقبل، وقد دل علىٰ ذلك قوله تعالىٰ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ...﴾ الآية [المائدة، ٨٩]، وقال ﷺ: **(من حلف علىٰ يمين ورأىٰ غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه)**[(١)] فهذه اليمين عندنا علىٰ ثلاثة أضرب: يمين يجب الوفاء بها: وهي علىٰ فعل الواجبات وترك المعاصي.

ويمين يجب الحنث فيها: وهي اليمين علىٰ فعل المعاصي وترك الطاعات؛ لأن النبي ﷺ قال: **(من حلف أن لا يطيع الله فليطعه ومن حلف أن يعصي الله فلا يعصه)**[(٢)].

= لم تقصد الإخبار بالحلف، وإنما قصدت: أن تخبر بأمر آخر، نحو: لأفعلنّ، إلا أنك أكّدته ونفيت عنه الشك بأن أقسمت عليه». كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢/١٨٤ (دار الكتاب العربي).

(١) أخرجه مسلم (١٦٥٠) وغيره من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) لم أجد بهذا اللفظ إلا ما ذكره السرخسي في المبسوط ١٢٨/٨، وإنما روىٰ البخاري وغيره بلفظ: (من نذر...) البخاري (٦٣١٨، ٦٣٢٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

والضرب الثالث: ما يخيّر الإنسان فيه من البَرّ والحنث.

فمنها: ما يندب إلىٰ الحنث: وهو ما كان فعله خيرًا من تركه.

ومنها: ما لا يندب إلىٰ الحنث: وهو المباحات، وقد دلّ علىٰ ذلك قوله ﷺ: (من حلف علىٰ يمين فرأىٰ غيرها خيراً منها، فليأت الذي هو خير).

٢١٧١ - فَصْل: [يمين الغموس]

وأما اليمين الثانية: فهي يمين الغموس: وهي التي تقع علىٰ الماضي والحالف متعمّد للكذب، أو تقع علىٰ الحال كذلك، فالماضي مثل قوله: وَاللهِ مَا فَعَلْتُ كَذَا وهو يعلم أنه قد فعله، [أو يقول]: والله قد فعلت كذا وهو يعلم أنه لم يفعله، والحال مثل قوله: والله ما لهذا عليَّ دَين وهو كاذب، فهذه اليمين لا تنعقد عندنا، ولا كفارة فيها، وإنما علىٰ الحالف بها الاستغفار وأمره إلىٰ الله. وقال الشافعي رحمه الله: فيها الكفارة(١).

ولنا قوله ﷺ: **(اليمين الغموس تدع الديار بلاقع)**(٢) ولم يذكر الكفارة، ولاعن بين الزوجين وأمرهما بالتوبة لعلمه أن أحدهما كاذب، ولم يأمر بالتكفير للكاذب منهما؛ ولأنها يمين علىٰ الماضي كاللغو في الماضي، [ولأن](٣) الله تعالىٰ أوجب الكفارة في اليمين المنعقدة، والعقد ما يتصور فيه الحل والعقد، وهذا لا يتصور في يمين الغموس؛ لأنه لا يصح البقاء علىٰ عقدهما، ولأن

---

(١) وقال مالك وأحمد في إحدىٰ روايتيه «لا كفارة لها» كقول الحنفية، «وقول الشافعي وأحمد في الرواية الأخرىٰ تكفر». رحمة الأمة ص ٤٣٣.

(٢) الحديث أخرجه أبو بكر الكلاباذي في بحر الفوائد المشهور بمعاني الأخبار ٣٢٣/١؛ والذهبي في تذكرة الحفاظ ٥٨٢/٢؛ والبغوي في شرح السنة ٨٥/١.

(٣) في ب (ولعل)، والمثبت من أ.

المعنىٰ الموجب بحلها يقارنها، فلا ينعقد كالبيع الذي يقارنه العتق، والصلاة التي يقارنها الحدث، وليس كذلك إذا حلف لأقلِبَنّ الحجر ذهباً؛ لأنه عقد علىٰ المستقبل، وذلك أمر موهوم، وإنما يحنث؛ لأنه لا وقت للبر والحنث ينتظر، وذلك لا يتصور إلا بعد انعقاد اليمين، فلذلك وجبت الكفارة.

٢١٧٢ ـ فَصْل: [يمين اللغو]

وأما اليمين الثالثة: فهي يمين اللغو، وقد قال أصحابنا: إنها اليمين علىٰ الماضي إذا ظن الأمر علىٰ ما قال وهو بخلافه، كقوله: والله لقد دخلت الدار، والله ما كلمت زيداً، ويكون علىٰ الحال كقوله: والله إن هذا المقبل لزيد، وهو يظن أنه كذلك، أو والله إن هذا الطائر لغراب.

وروىٰ ابن رستم عن محمد قال: اللغو: أن يحلف الرجل علىٰ الشيء وهو يرىٰ أنه بحق وليس حق، مثل قوله: والله ما أكلت اليوم، وقد أكل، فهذا من اللغو الذي لا حنث فيه.

وقال الشافعي: اللغو اليمين التي لم يقصدها في الماضي والمستقبل(١).

وقد قال محمد ـ في إثْرِ حكايته عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ـ: إن اللغو ما يتخاطب به الناس من قولهم: لا والله، وبلىٰ والله، وهذا قريب مما قال الشافعي.

وقال آخرون: اللغو الحلف علىٰ المعصية، فيجب علىٰ الإنسان الحنث ولا كفارة عليه.

[وقال آخرون: اللغو أن يحلف علىٰ المعصية، فيلزمه الحنث والتكفير،

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٩٠.

فهو لفظ محيط بالكفارة][1].

وقال آخرون: اللغو اليمين المكفرة. وروىٰ ابن سماعة[2] في إحدىٰ الروايتين: أن اللغو اليمين في الغضب، والدليل علىٰ ما قلناه: ما روىٰ عطاء عن عائشة في لغو اليمين قالت عائشة رضي الله عنها قال رسول الله ﷺ: (هو قول الرجل لا والله وبلىٰ والله) وقد روي هذا الحديث موقوفاً عليها[3].

وروىٰ زرارة بن أوفىٰ قال: هو الرجل يحلف علىٰ اليمين لا يرىٰ إلا أنه قد حلف[4].

وعن ابن عباس قال: هو أن يحلف الرجل اليمين الكاذبة وهو يرىٰ أنه صادق؛ ولأنا إذا بيّنّا أن الكفارة تجب علىٰ اليمين المعقودة، والماضي لا ينعقد عليه يمين، لم يتعلق به كفارة.

فأما الكلام مع الشافعي: فهو أن اليمين علىٰ المستقبل تجب بها الكفارة وإن لم يقصدها، لقوله عليه السلام **(ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، واليمين)**[5]، وقد روي أن المشركين استحلفوا حذيفة وأباه أن لا يعينا رسول الله ﷺ فقال رسول الله عليه السلام: (نفي لهم بعهدهم ونستعين بالله عز وجل عليهم)[6]

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ، وساقطة من ب.

(٢) في (أ): ابن عباس

(٣) رواه البخاري (٦٢٨٦) وغيره.

(٤) أخرجه الطبري في تفسيره ٢/٢٠٨.

(٥) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)؛ والترمذي (١١٨٤) وقال: «هذا حديث حسن غريب»؛ وابن ماجه (٢٠٣٩)؛ وابن الجارود في المنتقىٰ ١/١٧٨؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧/٣٤٠، كلهم بلفظ (والرجعة) بدل (اليمين) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٦) أخرجه مسلم (١٧٨٧).

فحكم بصحة اليمين مع الإكراه، فدلّ على أن القصد غير معتبر فيها.

وأما من جعل اللغو اليمين على المعصية فقد دل على بطلانه قوله ﷺ: **(من حلف على يمين فرأى** [٢٣٥/ب] **غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه)**[١].

ومن أوجب الكفارة في يمين المعصية وسماها لغواً، فقوله ليس بصحيح؛ لأن اللغو [ما] لا تتعلق الأحكام به، ومن جعل اليمين المكفرة لغواً فقد غلط؛ لأن الله تعالى أوجب الكفارة في اليمين المنعقدة، وجعل اللغو قسماً آخر، فالظاهر أن أحدهما غير الآخر.

فأما الذي روي عن ابن عباس في يمين الغضب فإنما بناه على عدم القصد، وقد بينا أن انعقاد اليمين لا يقف على القصد.

٢١٧٣ـ فَصْل: [المؤاخذة في اللغو]

قال محمد في اللغو: هو يمين نرجو أن لا يؤاخذ الله صاحبها، فقيل له قد أخبر الله تعالى أنه لا يؤاخذ، وخبره على القطع فلا معنى للشك في الجواب.

والجواب عن هذا في وجهين: أحدهما: أن الله تعالى أخبر بأنه لا يؤاخذ بيمين اللغو، ولم يعلم محمد قطعاً أن الذي اعتقده هو الذي أراد الله تعالى به [الاختلاف][٢] في ذلك، فلهذا قال: أرجو. والثاني: أن الرجاء على ضربين: رجاء طمع، ورجاء تواضع، فيجوز أن يكون قوله أرجو أن لا يؤاخذ الله بها على

---

(١) أخرجه البخاري (٦٢٤٧) وفي مواضع كثيرة، بلفظ (فرأيت)؛ ومسلم (١٦٤٩) بلفظ (أرى). وبلفظ الكتاب رواه ابن حبان في صحيحه (٤٣٤٧).

(٢) الزيادة من أ.




طريق التواضع لله تعالىٰ.

٢١٧٤ ـ فَصْل: [اليمين الغموس والمنعقدة تؤخذ في القسم]

واليمين الغموس والمنعقدة تؤخذ في القسم وغيره؛ لأنه إذا حلف بطلاق أو عتاق وهو يعلم أنه كاذب وقع ما حلف به، وكذلك اليمين المنعقدة تؤخذ في القبيلين، فأما يمين اللغو فإنها تختص بالقسم.

قال ابن رستم عن محمد: ولا يكون اللغو إلا في اليمين بالله، ومعنىٰ ذلك: أنه إذا حلف بطلاق أو عتاق علىٰ أمر ماض وهو يظن أنه صادق وهو كاذب، وقع الطلاق والعتاق، وكذلك إذا حلف لزمه ذلك، وقد عبر أبو الحسن عن ذلك فقال: ما كان المحلوف به هو الذي يلزمه بالحنث فلا لغو فيه؛ وذلك لأن من حلف بالله تعالىٰ علىٰ أمر يظن علىٰ أنه ما حلف عليه، وليس كذلك لغو المحلوف عليه[١] وبقي قوله: امرأته طالق أو عبده حر، أو عليه الحج، ومن قال ذلك لزمه.

٢١٧٥ ـ فَصْل: [اليمين ماضٍ ومستقبلٍ]

فأما التقسيم الذي اختاره أبو الحسن وهو أن اليمين علىٰ ضربين: ماض ومستقبل، فليس يعم سائر الأيمان، وتقسيم محمد أعم منه؛ لأنا قد بَيَّنَّا أن الغموس واللغو يكون علىٰ الحال والماضي، وما ذكره من التقسيم لا يدخل في الحال[٢].

---

(١) في (أ): (وبقي والله، فلا يلزمه شيء. فأما اليمين بغير الله فيلغو المحلوف عليه).

(٢) انظر: الأصل ٢/٢٧٥ وما بعدها.

بَابُ
اللفظ الذي يوجب الحنث في اليمين به الكفارة

قال أبو الحسن: إذا حلف بشيء من أسماء الله تعالىٰ أو بصفة من صفاته ثم حنث فعليه الكفارة، ومن أصحابنا من قال: إن أسماء الله تعالىٰ علىٰ ضربين: منها ما لا اشتراك فيه، مثل: الله، والرحمن، فالحلف بها ينعقد بكل حال، ومنها ما هو مشترك مثل: الحكيم، والعزيز، والقادر.

[فإن أراد بها اليمين كان يمينًا، وإن لم يرد لم يكن يمينًا][1]، وقد ذكر أبو الحسن القسمين ولم يفصل، وإنما قلنا: إن اليمين باسم الله تعالىٰ يمين؛ لأن تعظيمه واجب، وهتك حرمة اسمه لا يجوز علىٰ التأبيد؛ فلذلك كان حالفاً، وإنما قلنا: إنه يكون حالفاً بكل الأسماء وإن لم يقصد؛ لأن اليمين بغير الله لا يجوز، والظاهر أن الحالف قصد يميناً صحيحة، فحمل الاسم علىٰ ما يصح الحلف به، اللهم إلا أن يقصد [غير] الله[2] فلا يكون حالفاً.

وقد حكي عن بِشْر المِريسي فيمن قال: والرحمن، أنه علىٰ وجهين: إن قصد اسم[3] الله تعالىٰ فهو حالف، أو أراد سورة الرحمن فليس بحالف، وكأنه حلف بالقرآن.

فأما الحلف بصفات الله تعالىٰ: [فهو علىٰ ضربين: منها: صفات الذات،

---

(١) المثبت من أ، وفي ب (ومنها ما هو اليمين كانت يمينًا).

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في أ (وجه).



وصفات الفعل، ويعرف الفرق بينهما: بأن كل ما يوصف به الله تعالىٰ](١) ولم يجز أن يوصف بضده: فهو من صفات ذاته كالعلم والقدرة، وما جاز أن يوصف به وبضده فهو من صفات فعله كرحمته وغضبه، فما كان من صفات الذات إذا حلف به انعقدت يمينه، إلا في قوله: وعلمِ الله، فإنه لا يكون حالِفاً استحساناً؛ وذلك لأن صفات الذات لما لم يكن مَعْنِيٌّ غيره تعالىٰ صار ذكرها كذكره، فإذا قال: وقدرة الله، فكأنه قال: واللهِ القادر، فأما القياس في العلم فكذلك؛ لأنه من صفات ذاته، وإنما استحسن لأن العادة أن العلم يذكر ويراد به المعلوم، [يقال]: اللهم اغفر لنا علمك فينا، والمراد [به] معلومك، ومعلومُ الله تعالىٰ غيره، فلا يكون بها حالفاً، وأما إن أراد الحالف العلم الذي هو صفة [الذات] انعقدت به يمينه.

فإن قيل: فهلا قال أبو حنيفة مثل ذلك في القدرة؛ لأنهم يقولون للشيء المستعظم: هذا قدرة الله، فانظر إلىٰ قدرته، ولله في هذا قدرة.

والجواب: أن المراد بهذا اللفظ أثر قدرة الله، وإنما حذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه، ألا ترىٰ أن القدرة لا تشاهد، ولأنه لا يخلو: [إما] أن يكون المراد بالمقدورِ الموجود أو المعدوم، ولا يجوز أن يكون [المراد به](٢) الموجود؛ لأنه خرج من أن يكون مقدورًا له تعالىٰ، ولا يجوز أن يريد المعدوم؛ لأن ذلك لا يحلف به، فلم يبق إلا أن يريد القدرة التي هي الصفة، وليس كذلك العِلْم؛ لأنهم يريدون المعلوم الموجود، ووجوده لا يخرجه من أن يكون معلوماً له تعالىٰ، فلذلك افترقا.

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من أ.

٢١٧٦ - فَصْل: [ألفاظ القَسَم]

وألفاظ القسم الأصل فيها: الباء، ثم الواو، ثم التاء[١]؛ وذلك لأن الباء تكون في اسم الله تعالىٰ وفي غيره وفي المضمر والمظهر[٢]، والواو أخص منها[٣][٤]؛ (لأنه يكون في المظهر دون المضمر، إلا أنها تختص بأسماء الله تعالىٰ)[٥]، والتاء أخص منها؛ لأنها لا توجد إلا في اسم الله تعالىٰ[٦].

وإنما قلنا: إن الحلف بلفظ الباء ينعقد؛ لقوله تعالىٰ: ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ مَا قَالُوا۟﴾ [التوبة: ٧٤] وأما الواو: فلقوله ﷺ: **(والله لأغزونَّ قريشاً)**[٧].

---

(١) هذه الحروف الثلاثة، تستعمل في القسم، وإن لم توضع له في أصل الوضع؛ لأنها تستعمل في غيره أيضًا. انظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي.

(٢) الباء للإلصاق في أصل الوضع، فإنهم لما احتاجوا إلىٰ إلصاق فعل الحلف بما يقسمون به، استعملوها منه استعمالهم في قولهم: كتبت بالقلم، إلا أنهم حذفوا الفعل لكثرة القسم في كلامهم اكتفاءً بدلالة الباء عليه، كما حذفوا في بسم الله، فقالوا: بالله لأفعلن؛ مريدين: أحلف بالله، أو أقسم به، فكانت الباء دالة علىٰ فعل محذوف. انظر: أصول السرخسي ١/٢٢٧ (دار المعرفة)؛ كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢/١٨٤.

(٣) في (أ): لأنها لا توجد إلا في اسم الله تعالىٰ

(٤) والواو استعريت في القسم بدلاً من الباء؛ للمناسبة بينهما صورةً ومعنًىٰ، وإنما استعير للباء توسعة لصلات القسم؛ إذ الحاجة دعت إلىٰ الاستعارة في باب القسم؛ لكثرة دوره علىٰ الألسنة. انظر: كشف الأسرار علىٰ البزدوي ٢/١٨٤.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٦) والتاء تستعمل في صلة القسم، وهذا لما بين التاء والواو من المناسبة، فإنهما من حروف الزوائد في كلام العرب، يقام أحدهما مقام الآخر، والتاء أخصّ من الواو؛ إذ تختص باسم الله، فجاز (تالله)، ولم يجز (تالرحيم). انظر: أصول السرخسي ١/٢٣٠ (دار المعرفة)؛ كشف الأسرار ٢/١٨٤.

(٧) أخرجه أبو داود (٣٢٨٥، ٣٢٨٦) في باب (الاستثناء في اليمين بعد السكوت)؛ والبيهقي=

وأما التاء فلقوله تعالىٰ: ﴿تَٱللَّهِ لَقَدۡ أَرۡسَلۡنَآ إِلَىٰٓ أُمَمٖ مِّن قَبۡلِكَ﴾ [النحل: ٦٣] ﴿وَتَٱللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصۡنَٰمَكُم﴾ [الأنبياء: ٥٧].

فأما إذا قال: آلله، فهو يمين؛ لما روي: (أن ركانة طلق امرأته البتة، فقال له رسول الله ﷺ: (آلله ما أردت إلا واحدة)[1]؛ ولأن العرب تحذف بعض الكلمة على طريق التخفيف، ألا ترىٰ إلىٰ قول الشاعر:

قلت لها قفي ❊ قالت قاف[2]

وإنما أرادت به: وقفت، فقوله: آلله، المراد به: والله، وأما قوله: لله، فلم يذكر في الكتاب، ويجب أن يكون يميناً؛ لأن اللام تقوم مقام الباء، قال الله تعالىٰ: ﴿قَالَ ءَامَنتُمۡ لَهُۥ قَبۡلَ أَنۡ ءَاذَنَ لَكُمۡ﴾ [طه: ٧١، الشعراء: ٤٩]، وقال في الآية الأخرىٰ: ﴿ءَامَنتُم بِهِۦ قَبۡلَ أَنۡ ءَاذَنَ لَكُمۡ﴾ [الأعراف: ١٢٣] يثبت بعده، فصار كقوله بالله.

٢١٧٧ ـ فَصْل: [الحلف بأسماء الله تعالىٰ التي لا يشاركه فيها غيره]

قال وكذلك إن قال: (وربي، أو ورب العرش، أو رب العالمين؛ لأن هذا من أسماء الله تعالىٰ، لا يشاركه فيها [غيره] فيكون بها حالفاً.

قال وكذلك: أيم الله، وقال محمد: وأيمُن الله؛ لأن العرب [٢٣٦/ب] تحلف

= في الكبرىٰ ١٠/٤٧؛ «رواه الطبراني في الأوسط، ورجاله رجال الصحيح، ورواه أبو يعلىٰ أيضًا» كما في مجمع الزوائد ٤/١٨٢ من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(١) أخرجه الطيالسي في مسنده ١/١٦٤؛ والنووي في شرح مسلم ١٠/٧١؛ والعقيلي في الضعفاء ٢/٢٨٢.

(٢) انظر: تهذيب الأسماء للنووي ٣/٢٨٦.

بذلك ؛ قال امرؤ القيس:

فقلت: يمين الله أبرح قاعدا ❊ ولو ضربوا رأسي لديك وأوصالي

ولأن أيمُن جمع يمين ، ومن قال: عَلَيّ يمينٌ كان حالفاً ، وكذلك إذا حلف في ذكر لفظ الجمع ، وقالوا كذلك: لعَمْر الله ؛ لأن العَمْر هو البقاء ، فكأنه قال: وبقاء الله ، والبقاء من صفات الذات ، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِي سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ﴾ [الحجر: ٧٢][1].

٢١٧٨ ـ فَصْل: [الحلف بأمانة الله تعالىٰ]

وقال في الأصل إذا قال: وأمانة الله كان يميناً[2] ، وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إنه لا يكون يميناً ، وذكر الطحاوي عن أصحابنا جميعاً: أنه ليس بيمين.

وجه ما في الأصل: أنه ليس شيء بعينه يشار إليه بأنه أمانة الله ، فلم يبق إلا أن يريد به الصفة ، فكأنه قال والله الأمين.

وجه ما ذكره الطحاوي: أمانة الله من فعله ، فصار كقوله ورحمة الله.

٢١٧٩ ـ فَصْل: [الحلف بقوله: ووجه الله تعالىٰ]

قال: وإن قال ووجهِ الله فهو يمين ، روىٰ ذلك ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ؛ وذلك لأن الوجه يذكر ويراد به الذات ، قال الله تعالىٰ: ﴿وَيَبْقَىٰ وَجْهُ رَبِّكَ ذُو الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ﴾ [الرحمن: ٢٧] ، أي ذاته.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٧/٣٩٥.

(٢) بل قال في الأصل: «لو حلف رجل. . . ، أو قال: أمانة الله ، أو دعا علىٰ نفسه بغير ذلك ، فليس في شيء من هذا يمين ، ولا كفارة إذا حنث ، إنما هذا دعاء علىٰ نفسه». الأصل ٢/٢٧٧.



وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الرجل إذا قال: ووجه الله لا فعلت كذا، ثم فعله، إنها ليست بيمين، قال ابن شجاع: لأنها ليست من أيمان الناس إنما هو حلف السَّفَلة، يعني: أنهم يقصدون بذلك الجارحة، وهذا يمين بغير الله تعالىٰ.

٢١٨٠ ـ فَصْل: [الحلف بـ(لا إله إلا الله) و(باسم الله) لا أفعل كذا]

وقد روىٰ مُعَلَّىٰ عن محمد إذا قال الرجل: لا إله إلا الله [لا أفعل][١] كذا وكذا، قال هذا ليس بيمين، إلا أن ينوي يميناً، وكذلك قوله: سبحان الله والله أكبر لا أفعل كذا، وهذا صحيح؛ لأن العادة لم تجر بالقسم بهذا اللفظ، وإنما يذكر قبل الخبر علىٰ طريق التعجب، فإذا أراد اليمين فكأنه حذف حرف القسم فيكون حالفاً، قال: وكذلك باسم الله [إذا][٢] عنىٰ به اليمين، وقال ابن رستم عن محمد: وبسم الله يمين؛ لأن حرف القسم موجود فيه، وقال عمرو: سألت محمداً عن قولهم: وملكوت الله وجبروته، فقال: هذا يمين، هذا من تعظيم الله تعالىٰ وهذا صحيح؛ لأنه من صفات الذات.

٢١٨١ ـ فَصْل: [إرادة اليمين باللفظ]

وقال الحسن في إثر حكايته عن أبي حنيفة في رجل قال: لله عَلَيّ أن لا أكلم فلاناً، إنها ليست بيمين إلا أن ينوي بذلك يميناً، فإن نوىٰ اليمين ثم كلمه حَنِثَ، وعليه الكَفَّارة، وهذا [صحيح] علىٰ أصل أبي حنيفة: أن اللفظ يجوز أن يراد به النذر واليمين جميعاً، فإذا أطلقه كان نذراً، وإذا نوىٰ اليمين صار يميناً، وقد بينا هذه المسألة[٣].

---

(١) في ب (لفعل).

(٢) في ب (أو).

(٣) انظر: الأصل ٢٧٦/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٨٢/٧ وما بعدها.

بَابُ
القسم والشهادة والحلف

قال أبو الحسن: إذا قال الرجل أحلف، أو أحلف بالله، أو أُقسم، أو أُقسم بالله، أو أشهد، أو أشهد بالله، أو أعزم، أو أعزم بالله، أو لله عليّ نذر، أو نذرًا لله، أو علي يمين، أو يمينًا لله، فهذا كله أيمان تجب الكفارة بالحنث فيها في قول أصحابنا جميعاً، غير أن محمداً قال: إذا قال أعزم، أو أعزم بالله، لا أعرف عن أبي حنيفة، وقال زفر: في قوله أحلف، وأقسم، وأشهد: أنه لا يكون يميناً إلا بذكر اسم الله.

وقال الشافعي: إذا قال أحلف بالله، أو أشهد بالله، لا يكون حالفاً، إلا أن يريد به اليمين[1]، وقد احتج به أبو يوسف ومحمد في ذلك بقوله تعالى: ﴿ يَحْلِفُونَ لَكُمْ لِتَرْضَوْا عَنْهُمْ ﴾ [التوبة: ٩٦] ولم يقل: يحلفون بالله، وقال: ﴿ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ ﴾ [المنافقون: ١]، ثم قال: ﴿ اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً ﴾ [المنافقون: ٢]، وقال تعالى: ﴿ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ۝ وَلَا يَسْتَثْنُونَ ﴾ [ن: ١٧ ـ ١٨][2].

قال محمد: أفيكون الاستثناء إلا في اليمين وهو لم يقل (أقسموا بالله) ولأن العرب تحذف بعض الكلام على طريق التخفيف، فيكون ذلك كالمعلوم؛ لأن الحلف لا يكون إلا به، فكأنهم ذكروه.

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٩٠؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٤٣٣.

(٢) يوجد نقص لوحة في نسخة ب، والتتمة من نسخة أ.

ولزفر: أنه يحتمل أن يكون أراد الحلف بالله ويحتمل غيره، فلم يثبت اليمين بالشك.

فأما على الشافعي: فلأن كل ما تختص به كفارة اليمين إذا نوى اليمين تعلقت به الكفارة وإن لم ينو، كقوله: والله، ولا كذلك النذر؛ لأنه لا يختص بالكفارة وإنما يتعلق به الإيجاب؛ ولأن العرب تعتاد اليمين بهذا اللفظ فهي كالقسم.

فأنا أعزم أو أعزم بالله، فالعزم هو الإيجاب، والإيجاب هو اليمين، والذي قال محمد إني لا أعرفه عن أبي حنيفة، فقد رواه الحسن عن أبي حنيفة.

وأما قوله عَلَيَّ نذر، أو نذر لله، فلأن النبي ﷺ قال: **(من نذر نذراً سماه فعليه الوفاء به، ومن نذر نذراً ولم يسمه فعليه كفارة يمين)**[1]، وقال: **(النذر يمين وكفارته كفارة يمين)**[2].

وروي أن عبد الله بن الزبير قال: **(لتنتهين عائشة عن بيع عقارها - وروي رِباعها - أو لأحجرنَّ عليها)** فبلغ ذلك عائشة فقالت: **أَوَ قال ذلك، قالوا: نعم، فقالت: لله عليّ نذر إن كلمته أبداً)**[3] فأعتق عبد الله عن يمينها عَبِيداً[4].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٢٢)؛ وابن ماجه (٢١٢٧)؛ والبيهقي في الكبرى ١٠/٤٥؛ والدارقطني ٤/١٦٠، وغيرهم، (كلهم رووا الجزء الثاني من الحديث) من حديث ابن عباس مرفوعًا؛ «وهو عند مسلم دون قوله (لم يسم)» كما في الدراية ٢/٩١.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود (٣٢٩٠) بلفظ: (لا نذر في معصية، وكفارته...)؛ قال الترمذي (١٥٢٤): «هذا حديث غريب»؛ والنسائي في المجتبى (٣٨٣٦)؛ وابن ماجه (٢١٢٥)؛ والبيهقي في الكبرى ١٠/٥٦ من حديث عائشة ﵂.

(٣) الحديث أخرجه البخاري (٥٧٢٥) بلفظ: (هو لله عليّ نذر أن لا أكلم ابن الزبير أبدًا) في حديث طويل.

(٤) انظر: البدائع ٣/٧؛ شرح فتح القدير ٥/٧٣.

٢١٨٢ ـ فَصْـل: [الحلف بـ(يمين الله عليّ)]

وأما قوله عليّ يمين، أو يمين لله عليّ؛ فلأنه صرح بإيجاب اليمين على نفسه، واليمين لا يكون إلا بالله.

ولأن العرب تحلف بذلك، قال امرؤ القيس:

فقالـــت يمـــين الله مالـــك حيلـــة ❊ وما إن أرى عنك الغواية تنجلي(١)

٢١٨٣ ـ فَصْـل: [الحلف بذمة الله أو عهده]

قال: فإن قال ذمة الله أو عهده أو ميثاقه، فهو يمين؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١] فجعل العهد يميناً، والذمة والميثاق كالعهد في الكلام، فجريا مجرىً واحداً.

وقد روي (**أن النبي ﷺ كان إذا بعث جيشاً قال: في وصيته: وإن أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تفعلوا**)(٢)، وهذا يدل أن الذمة يمين.

٢١٨٤ ـ فَصْـل: [الحلف بقوله: (هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا)]

وإن قال: هو يهودي، أو نصراني، أو مجوسي، أو بريء من الإسلام إن فعل ذلك، فهو يمين إن حنث لزمته الكفارة.

قال أبو يوسف: وذلك استحسان، وقال الحسن عن أبي حنيفة: إذا قال أنا بريء من كل آية في المصحف إن فعلت كذا، ففعله فعليه كفارة اليمين.

---

(١) انظر: جمهرة أشعار العرب ١/٨٢؛ (من معلقة امرئ القيس)؛ المبسوط، ١/٢٣٠.

(٢) الحديث أخرجه مسلم في حديث طويل (١٧٣١) عن بريدة ﷺ.



قال أبو الحسن: كل ما يكون اعتقاده كفراً، واستحلاله مما لا يجوز أن تحله الشريعة ففيه الكفارة إذا حنث. وكذلك روى الحسن عن أبي حنيفة إذا قال: أنا أعبد من دون الله أو أعبد الصليب. وقال الشافعي: لا يكون ذلك يميناً[1].

وجه القياس: أنه حلف بمعصية فصار كما لو قال إن فعلت كذا فأنا شارب خمر أو آكل ميتة.

وجه الاستحسان: أن الكفر لا يجوز استباحته على التأبيد لحق الله تعالى، فصار كحرمة اسمه.

٢١٨٥ ـ فَصْل: [الكفارة في ضربَي الأيمان]

ولأن الأيمان على ضربين: قَسَم، وشرط وجزاء، فإذا كان في القَسَم ما يوجب الكفارة من غير إيجاب، جاز أن يكون في الضرب الآخر مثله؛ ولأنه لفظ مختلف في كونه يميناً يقع به الفرقة إذا انضم إليه غيره، فجاز أن يتعلق به الكفارة كلفظ الحرام، وليس هذا عند أصحابنا كمن قال: هو زان، أو شارب خمر، أو آكل ميتة؛ لأن هذا ليس بمحرم على التأبيد، ألا ترى أنه كان يجوز أن يباح بالشرع، وقد أبيحت الميتة والخمر عند الضرورة.

٢١٨٦ ـ فَصْل: [الحلف بقوله: (هو يهودي إن فعل كذا لشيء قد فعله)]

وأما إذا قال: هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا لشيء قد فعله، فهذه يمين الغموس بهذا اللفظ.

قال محمد بن مقاتل: يَكْفُر، وكتب نصير بن يحيى إلى أبي عبد الله محمد

(١) انظر: المنهاج ص٥٤٥

بن شجاع يسأله عن ذلك؟ فقال: أن لا يَكْفُر. وعن أبي يوسف: أنه لا يكفر.

ووجهه: أن الكفر يكون بالاعتقاد ولم يوجد ذلك، وإنما قصد اليمين.

وجه قول ابن مقاتل: أنه عَلَّق الكفر بشرط يعلم أنه موجود، فكأنه أطلق قوله: هو يهودي فيكون كافراً.

وقال مُعَلَّىٰ عن محمد: إذا قال آليت لا أفعل كذا وكذا، أو عزمت لا أفعل كذا أو كذا، فهو يمين؛ لأن الألِيَّة يمين.

قال الشاعر:

قليلُ الألَايَا حافظ ليمينه ❊ إذا [سَبَقت][1] منه الألِيَّة بَرَّتِ

٢١٨٧ ـ فَصْل: [الحلف بقوله: (عزمت)]

وأما قوله: عزمت، معناه أوجبت، والإيجاب علىٰ نفسه يمين، فإن قال: عصيت الله إن فعلت كذا، أو عصيته في كل ما افترض عليّ، فليس بيمين؛ لأن العاصي قد يكون بما يحرم علىٰ التأبيد، وبما لا يحرم علىٰ التأبيد، وقد بيّنا أن ما لا يحرم علىٰ التأبيد لا يصير به حالفاً.

فإن قيل إذا قال عصيته في كل ما افترض عليّ دخل فيه الأيمان، قلنا: العصيان في الأيمان قد يكون بغير كفر؛ لأن الفسق عصيان في الأيمان، وإن كان لا يصير ما يفسق به كافرًا لا يصير به حالفاً.

(١) في الأصل (نذرت)، والمثبت من الصحاح؛ لسان العرب (ألا). انظر: ديوان كثيرة عزّة ١/٣٨.



بَابُ
الحلف بغير الله

قال الشيخ رضي الله عنه: الأصل في هذا الباب: أن الحلف بغير الله معصية لا يجوز فعلها، لما روي عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ سمع صوت عمر وهو يسير في ركب ويحلف بأبيه فقال ﷺ: **(إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، فمن كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت)**(١).

وروي أنه قال: **(من حلف بغير الله فقد أشرك)**(٢)، ولأن الحلف تعظيم المحلوف، وذلك لا يستحقه إلا الله تعالىٰ، وإذا ثبت أنه منهي عن الحلف به، لم يلزمه به الكفارة؛ لأنه ليس بيمين، ولأنه لم يهتك حرمة منع من هتكها على التأبيد.

قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل فقال: ودين الله، أو وطاعته، أو وشرائعه، أو وأنبيائه، أو وملائكته، أو وعرشه، أو وحدوده، لم يكن حالفاً؛ لأنه حلف بغير الله، أما حدوده فهُنَّ الأوامر، قال الله تعالىٰ: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا﴾ [البقرة: ١٨٧] وأوامر الله غيره.

وأما الحلف بالأنبياء فليس بيمين، ومن الناس من قال: إن الحلف بالنبي ﷺ يمين، لنا: قوله ﷺ **(من كان حالفاً فليحلف بالله)**.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٧٥٧، ٦٢٧٠)؛ ومسلم (١٦٤٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٢٥١)؛ والترمذي (١٥٣٥) وقال: «حديث حسن»؛ وابن حبان في صحيحه ٢٠٠/١٠؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٢٩/١٠؛ وأحمد في المسند ٨٦/٢، من حديث عمر رضي الله عنه.

ولأنه حلف بغير الله فصار كالحلف بالكعبة، ولا يقال: إن حرمة النبي لا يجوز هتكها؛ لأنه يبطل بحرمة الكعبة والمصحف.

وكذلك لو قال: وبيت الله، أو حلف بالكعبة، أو بالمشعر الحرام، أو بالصفا أو بالمروة، أو بالصلاة، أو الصيام، أو الحج؛ وذلك لأن هذه المعاني غير الله، واليمين بغير الله لا يعتبر بها.

وقد روىٰ ابن رستم عن محمد: فيمن قال: وعِبَادَةُ الله، وحَمْدُ الله، فليس بيمين؛ لأن العبادة والحمد فعل منك، وكل فعل يكون منك فليس بيمين[1].

٢١٨٨ـ فَصْل: [الحلف بالقرآن وبالمصحف وبالسماء والشمس ونحوها]

فأما إذا حلف بالقرآن أو بالمصحف أو بسورة من القرآن؛ فلا كفارة عليه؛ لأن القرآن غير الله.

وقد روي عن النبي ﷺ:][2] **(لا تحلفوا بآبائكم، ولا بالطواغيت، ولا بحد من حدود الله، ولا تحلفوا إلا بالله، ومن حلف له فليرض، ومن لم يرض فليس منا)**[3]، وكذلك الحلف بالحَجَر الأسود، والقبر، والمنبر؛ لأنه حلف بغير الله، وكذلك لا يحلف بالسماء، والأرض، ولا بالشمس، ولا بالقمر، ولا بالنجوم، لما بينا.

---

(١) انظر: البدائع ٨/٣.

(٢) إلىٰ هنا انتهىٰ النقل من نسخة (أ)، حيث سقطت من ب.

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر مرفوعًا بلفظ: (... فقال: لا تحلفوا بآبائكم، ومن حلف بالله فليصدق، ومن حلف...) (٢١٠١)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١٨١/١٠؛ وقال الحافظ: «سنده حسن». فتح الباري ٥٣٦/١١.



قال أبو حنيفة: لا يحلف إلا بالله متجردًا بالتوحيد والإخلاص، كذلك في الأصل فيمن حلف برحمة الله وغضبه[1]؛ لأن رحمة الله يعبر بها عن الجنة، قال الله تعالىٰ: ﴿فَفِى رَحۡمَةِ ٱللَّهِۖ هُمۡ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٧]، والجنة غير الله تعالىٰ، والغضب هو العقاب والنار، وذلك ليس بيمين.

قال بِشْر في نَوادره عن أبي يوسف: لا ينبغي أن يدعو الله إلا به؛ وذلك لأنه لا حق علىٰ الله لغيره فيقسم عليه بذلك، قال وكذلك لو قال: أبي وحق والدي؛ وهذا علىٰ ما بينا[2].

٢١٨٩ ـ فَصْل: [الحلف بقوله: (وحق الله، أو غضب الله وسخطه)]

ولو قال: وحق الله، لم يكن يميناً في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف، وروي عن أبي يوسف رواية أخرىٰ: أنه يكون يميناً.

وجه قولهما: ما روي عن النبي ﷺ أنه سئل عن حق الله علىٰ عباده (**فقال أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئاً**)[3] وإذا كان الحق عبارة عن الطاعات، صار كأنه قال والعبادات والطاعات لا أفعل كذا.

وجه قول أبي يوسف: أنه تعالىٰ يوصف بأنه هو الحق، وهو اسم الله، فإذا قال: وحق الله فكأنه قال والله الحق.

ولو دعا علىٰ نفسه فقال: عليه غضب الله أو سخطه، أو لعنته، أو عقابه إن

(١) انظر: الأصل، ٢/٢٧٦.

(٢) انظر: البدائع، ٣/٩.

(٣) أخرجه البخاري من حديث معاذ (٢٧٠١)؛ والحميدي في الجمع بين الصحيحين ١/٣٩٧.

فعل [كذا]، لم يكن يميناً؛ وذلك لأن السخط والغضب هو العقاب، ومن قال: عليه عقاب الله أو عذابه، لم يكن حالفاً[1].

قال: ولو قال وسلطان الله، فإن محمداً قال: لا أدري ما هذا، من يحلف بهذا؟!، كأنه لم يجعله يميناً، وهذا على وجهين: إن أراد بالسلطان القدرة كان حالفاً، وإن أراد المقدور لم يكن حالفاً؛ لأنه حلف بغير الله.



(١) انظر: الأصل ٢/٢٧٦.

بَابُ
تكرير اسم الله في الحلف ما يكون منه يميناً واحدة وما يكون يمينين

ذكر محمد في الجامع الكبير: أن من أدخل بين اسمين حرف عطف كانا يمينين مثل أن يقول: والله والله، أو والله والرحمن، وإن ذكرهما بغير حرف عطف فقال: والله الله، أو والله الرحمن، كانت يميناً واحدة، وهذا رواية الحسن (عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وزفر: أنها يمين واحدة)[1] في الوجهين، وهي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف[2].

وجه ما ذكره في الجامع: أنه لما عطف أحد الاسمين علىٰ الاسم الآخر ـ والعطف غير المعطوف عليه ـ، كان كل واحد منهما يميناً، وهي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف بانفراد، وليس كذلك إذا لم يعطف؛ لأن أحد الاسمين يصير صفة للآخر وتأكيداً له، فكانا يميناً واحدة ولهذا يستحلف القاضي بالأسماء والصفات علىٰ وجه التأكيد من غير حرف عطف (فيقول: والله الرحمن الرحيم الطالب المدرك، ولا يجوز أن يستحلف بإدخال حرف علىٰ العطف)[3] لأن المستحق علىٰ المدعىٰ عليه يمين واحدة.

وجه الرواية الأخرىٰ: أن حرف العطف قد يستعمل في الصفة وفي

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٢٩٩؛ البدائع ٣/١٠.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

الاستئناف، ألا ترى أنك تقول: هذا الفاضل والعالم، فاحتمل أن يكون أراد يمينًا، واحتمل أن يكون يريد [٢٣٧/ب] الصفة، فلم يثبت يميناً بالشك.

قال ابن رستم عن محمد، قال أبو يوسف: إذا قال والله لا أكلمك [والله لا أكلمك] فهذا يمينان؛ وذلك لأنه لما أعاد المحلوف عليه مع الاسم الثاني، دَلَّ على أنه أراد يميناً أخرى، ولو أراد التأكيد لم يعد الفعل.

وقال الحسن: إذا [قال]: والله لا أكلم فلاناً والله لا أكلم فلاناً، فهو [يمينان][١]، إلا إن أراد باليمين الثانية الإخبار عن الأولى؛ وذلك لأن الحكم الذي يتعلق باليمين الكفارة، فإذا قال: أردت بالكلام الثاني الخبر فقد نوى ما يحتمله كلامه، وإن كان خلاف الظاهر، فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى.

وقال مُعَلَّى عن أبي يوسف: في رجل حلف في مقعد واحد بأربعة أيمان وأكثر أو أقل في أمر واحد، قال: سألت أبا حنيفة عن ذلك فقال: لكل يمين كفارة ومقعد واحد، ومقاعد مختلفة واحد؛ وذلك لأن الكفارة تجب لحرمة الاسم، وكل يمين قد أفرد [فيها] الاسم فتعلق بها الكفارة؛ ولأن التداخل يكون فيما يؤثر فيه [اليمين]، والأيمان لا يؤثر فيها الشبهة، فلن يقع فيها التداخل.

قال: فإن عنى [اليمين] الأولى فهي يمين واحدة، (فإذا كان الحلف بحَجّ أو عُمْرة أو بَدَنة أو هَدْي) [فليس بيمين][٢]، وكل يمين قال عليّ كذا وكذا، فهذا يستقيم أن ينوي بالثانية الأولى، [فإذا قال والله، لم يستقم أن ينوي بالثانية

(١) في ب (يمين)، والمثبت من أ، والسياق يدل عليه.

(٢) لعل هذه العبارة مقحمة وليست مكانها هنا؛ إذ لم يذكر (جواب إذا)، وجوابه: (فليس بيمين)، ولذلك أضفت الجواب في ا'متن بين []، كما في البدائع ٨/٣.



الأولىٰ][1] ، قال أبو يوسف: وقول أبي حنيفة أحسن ما سمعت في ذلك ، وهذا صحيح ؛ لأن اليمين إذا كانت بالإيجاب فلفظها لفظ خبر ، فإذا أراد بالخبر الثانية عن الأولىٰ ، صَحَّ ، فأما القَسَم فالموجب عليه ليس في لفظه ، وإنما يتعلق بحرمة الاسم ، فيتعلق بكل اسم حكم ، ولا يصدق أنه أراد بالثانية الأولىٰ ؛ لأنه ليس بمخبر وإنما هو في حكم الموقع.

[وعلىٰ هذا] روىٰ ابن سماعة قال: سمعت محمداً قال في رجل قال: هو يهودي إن فعل كذا ، وهو نصراني إن فعل كذا ، وهو مجوسي إن فعل كذا ، وهو مشرك إن فعل كذا ، بشيء واحد ، قال: عليه لكل شيء من ذلك يمين ، ولو قال: هو يهودي هو نصراني هو مجوسي ، فهي يمين واحدة ، وهذا علىٰ ما قدمنا أنه إذا ذكر المحلوف به مع الفعل ثم أعاده فالثاني غير الأول في قولهم ، وإذا ذكر المحلوف به وكرَّرَه من غير عطف فهو يمين واحدة في قولهم[2].

٢١٩٠ ـ فَصْل: [اليمين علىٰ نية المستحلف أو الحالف]

وروىٰ أبو يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال: اليمين علىٰ نية المستحلف إذا كان مظلوماً ، فإذا كان ظالماً فعلىٰ نية الذي يستحلفه.

قال أبو الحسن: وهو قول أصحابنا جميعاً ، وهذا الذي قاله إن كان في الاستحلاف علىٰ الماضي فهو صحيح ؛ لأن الواجب باليمين الإثم ، فمتىٰ كان ظالماً أثم بيمينه وإن نوىٰ غير ما يحلف عليه ؛ لأنه توصل باليمين إلىٰ ظلم غيره.

وقد روىٰ أبو أمامة أن النبي ﷺ قال: (**من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه**

---

(١) الزيادة من أ.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٤/٨ ؛ البدائع ١٠/٣.

حرم الله عليه الجنة ، وأوجب عليه النار ، قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً ، قال: وإن قضيباً من أراك ، قالها ثلاثاً)[1] .

وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: **(من حلف على يمين وهو فيها فاجر ؛ ليقتطع بها مال امرئ مسلم ، لقي الله تعالى وهو عليه غضبان)**[2] .

وأما إذا كان مظلوماً فهو لا يقطع بيمينه حقاً ، فإذا نوى به غير الظاهر لم يأثم بيمينه ، فأما اليمين على المستقبل فإذا قصد بها الحالف معنًى دون معنًى فهو على نيته دون نية المستحلف ؛ لأنه هو العاقد فينعقد يمينه على ما ينويه .



(١) أخرجه مسلم (١٣٧) وليس فيه: (قالها ثلاثًا).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٨٥).



بَابُ
معرفة شروط الأيمان

قال أبو الحسن: شروط الأيمان التي تتعلق بالأفعال ستة: إن، وإذا، وإذا ما، ومتىٰ، ومتىٰ ما، وكل، وكلما، وهي تتعلق بالأفعال المستقبلة، أو بترك الأفعال المستقبلة، ولا تتعلق بالماضي من الأفعال ولا بالأسماء.

[قال الشيخ] (١) والأصل في هذا: أن أهل اللغة قالوا: الشروط: (إن) وما سواها داخل عليها؛ لأنه ليس فيها معنىٰ الوقت [فهو شرط محض، وما سواها فيه معنىٰ الوقت] (٢) والدليل علىٰ أنها شرط: أن الأفعال تليها، والشروط إنما تكون شرطاً للفعل، ألا ترىٰ أنه مأخوذ من العلامة، فكأنه جعل علامة لتعلق الحنث بالفعل، فأما اختصاصها بالأفعال المستقبلة؛ فلأن الشروط ما جاز أن يوجد وما جاز أن لا يوجد، وهذا المعنىٰ لا يكون في الماضي وإنما يكون في المستقبل، وإنما اختصت الشروط بالأفعال دون الأسماء؛ لأن الأفعال هي التي يجوز أن يعقد عليها، فيتعلق الجزاء بوجودها أو بنفيها، والاسم لا يجوز أن يتعلق الجزاء به، فلم يكن متعلقاً بالشروط، ولهذا قالوا: إن (كل) ليست شرطًا في الحقيقة؛ لأن الاسم يليها ولا يليها الفعل، إلا أنها في معنىٰ الشرط فيما عاد ذكره من الأفعال علىٰ الأسماء التي وقعت عليها (كل)، فيكون ذلك الفعل بمعنىٰ الشرط، وهذا كقول الرجل: كل امرأة أتزوجها أو كل عبد أشتريه، فيكون ذلك

---

(١) الزيادة من أ.

(٢) الزيادة من أ.

بمعنىٰ الصفة فكأنه أعتق أو [طلق][١] ضرباً ممن حلف عليه، وليست بشرط صحيح؛ لأنها لا تلي الأفعال التي يكون الجزاء مستحقاً بها، ألا ترىٰ أنك لا تقول: كل تزوجت، ولا: كل دخلت، والأحرف الستة شرط لوقوع الجزاء، يقول: عبدي حر إن دخلت الدار، أو إن دخلت الدار فعبدي حر، فهي لازمة للشرط تقدم الجزاء أو تأخر.

قال أبو الحسن: إذا قال إن دخلت الدار، أو إذا دخلت الدار، أو إذا ما دخلت الدار، أو متىٰ دخلت، أو متىٰ ما دخلت الدار، أو كلما دخلت الدار ففلان حر، أو فلانة طالق، أو عليّ حِجّةٌ، أو بَدَنةٌ، أو هدي، أو صِيامٌ، أو صَدقَةٌ، أو سائر ما يوجبه بالدخول، فهو عقد صحيح في قول أصحابنا جميعاً، وهذا علىٰ ما قدمنا: أن الشرط والجزاء يمين شرعية تنعقد كما تنعقد اليمين التي هي القَسَم، ويجب الجزاء عند وجود شرطها، كما يحصل الحنث في اليمين التي هي القَسَم، وقد ورد القرآن بوجوب النذر المعلق بالشرط لقوله تعالىٰ: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ﴾ [التوبة: ٧٥].

قال أبو الحسن: وكذلك إذا أدخل هذه الحروف علىٰ سائر الأفعال منه ومن غيره، فذلك كله سواء، وسبيلها سبيل واحد في تعليق الجواب ولزومه؛ وذلك لأن الشروط تختص بالأفعال، ففعله وفعل غيره سواء، ولأنه يعقد اليمين علىٰ فعله ليمتنع، فكذلك يعقدها علىٰ فعل الغير ليمتنع.

قال: وإذا كان ذلك الفعل [مرة] حَنِثَ، [ولم يعد عليه حَنِثَ إذا فعل ذلك الفعل مرة أخرىٰ، إلّا في قوله: (كلما)، فإنه يتكرر عليه إذا كَرَّرَ الفعل الذي]

---

(١) في ب (علق)، والمثبت من أ.



[٢٣٨/ب] حلف عليه، وإنما حنث بوجود الفعل مرة واحدة؛ لأنه شرط الحنث، ألا ترىٰ أنه [عقد علىٰ جنس الفعل دون عدده][(١)]، فإذا وُجِد تعلق به الجزاء، وليس في اللفظ ما يفيد التكرار فانحلت اليمين، فإذا أعاد الفعل ولا يمين، لم يتعلق به حنث.

فأما (كلما) فإنها تفيد التكرار بدلالة قوله تعالىٰ: ﴿ كُلَّمَآ أَوْقَدُواْ نَارًا لِّلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا ٱللَّهُ ﴾ [المائدة: ٦٤]، ﴿ كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَٰهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا ﴾ [النساء: ٥٦] وقد فهم من ذلك التكرار؛ ولأن كُلَّمَا فيها معنىٰ الجمع فتجمع الأفعال كلها، فيصير كل فعل معقوداً عليه، فيتعلق الحنث بالثاني كالأول، وبقية الشروط ليس فيها معنىٰ الجمع فاعتبر فيها جنس الفعل.

فأما (إِذَا) كان الجزاءُ الطلاقَ، والشرط [بلفظة][(٢)] كلما يتكرر الطلاق بتكرار الحنث، حتىٰ يستوفي طلاق الملك الذي حلف عليه، فإن تزوجها بعد زوج لم يحنث؛ لأن ذلك الطلاق الذي ملكه بالعقد لم يكن في ملكه يوم حلف، ولا أضاف يمينه إليه، ولا هو تابع لما كان في ملكه حين حلف، فلم يتعلق به اليمين، فإن أضاف اليمين إلىٰ الملك الثاني أو[(٣)] إلىٰ كل ملك حنث بوجود الفعل أبداً، مثل أن يقول: كلما تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق؛ لأن الطلاق المضاف إلىٰ الملك يقع بوجود الملك.

فأما (كل) فقد بَيَّنَّا أنها ليست بشرط محض، وبينا كيفية تعلق الجزاء بها،

---

(١) في ب (أنه عقد علىٰ عدد الفعل دون غيره)، والمثبت من أ، والسياق يدل عليه.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في (أ) إلىٰ الملك الثالث.

إلا أنها تجمع الأسماء دون الأفعال ؛ لأن الذي يليها الاسم فهي تكرار الحنث فيما دخلت عليه ، كما تكرر [لفظة] (كلما) الحنث بتكرار الفعل الذي دخلت عليه ، فأما الفعل في (كل) فلم يدخل عليه ، وإنما هو صفة فلا يتكرر الحنث بتكراره .

قال أبو الحسن: وإذا علق هذه الشروط علىٰ أفعالٍ أضافها إلىٰ الأوقات فقال: أنت طالق إذا جاء غدٌ ، ومضىٰ غدٌ وجاء رمضان ، أو ذهب رمضان ، أو دخل رمضان ، أو خرج رمضان ، فلا يقع الجواب إلا بوجود الشرط ؛ وذلك لأن مجيء الوقت[1] وذهابه فعل الله تعالىٰ ، وقد بيَّنَّا أن حرف الشرط إذا دخل علىٰ فعل الحالف أو فعل غيره فهو سواء .

قال: فإن علق ذلك بالوقت دون الفعل ، فذلك طلاق موصوف وليس بمشروط ، ولا يكون ذلك يميناً عند أصحابنا جميعاً ، وهذا كقوله: أنت طالق غداً أو في رمضان ، وذلك أن الشروط لا تدخل إلا علىٰ الأفعال ، ولم يذكر فعلاً ، وإنما ذكر الزمان ظرفاً للطلاق ، فاليمين هي الشرط والجزاء ، فلم يكن حالفاً إلا أنه أوقع طلاقاً موصوفاً فيقع علىٰ صفته ، كمن قال: أنت طالق بائن ، ولهذا لا يقع قبل الوقت ؛ لأنه لو وقع لم يقع علىٰ صفته .

فأما إذا أدخل هذه الشروط علىٰ التمليك ، فقال: أنت طالق إن شئت ، فليس ذلك بشرط ، إنما يدخل حرف الشرط ليدل علىٰ الجواب الذي يقتضيه التمليك ؛ يبين ذلك أن كل من قال بعتك هذا الشيء بعشرة اقتضىٰ جواباً في المجلس .

---

(١) في أ (الغد).

فلو أدخل علىٰ التمليك حرف شرط فقال: بعتك بعشرة إن قبلتَ، لم نستفد بدخول الشرط فائدة، وصار وجوده وعدمه في اقتضاء الجواب في المجلس سواء.

فأما إيجاب الطلاق والعتاق، فالموجب يملك الإيقاع وإن لم ينضم إليه القبول، فإذا ملكه لغيره أدخل حرف الشرط؛ ليدل به علىٰ التمليك، فيقف الجواب علىٰ المجلس بحكم التمليك لا بحكم الشرط، ألا ترىٰ أن الشروط لا تختص بالمجلس[1].



(١) انظر: الجامع الكبير ص ٤٨.

بَابُ
عطف الشروط بعضها على بعض

قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن دخلتِ هذه الدار [وهذه الدار]، أو قال: إن دخلت هذه الدار وهذه الدار، فأنتِ طالق، أو قال إن دخلت هذه الدار فأنتِ طالق وهذه الدار، فكل ذلك سواء، ولا يقع الطلاق إلا بدخول الدارين جميعاً، ولا يبالي أي الدارين دخلت أولاً، وتقديم الطلاق في الحلف علىٰ الشرطين وتأخيره عنهما وتوسطه بينهما سواء؛ وذلك لأنه إذا قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار وهذه الدار، فالواو للجمع، فكأنه قال: إن دخلت هاتين الدارين، وكذلك إذا قدم [الشرط]؛ لأن الجزاء يتعلق بالشرط، فتقديمه وتأخيره سواء، فأما إذا توسط الجزاء فقال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق وهذه الدار؛ فلأن العطف يكون علىٰ [غير] جنسه، ولا يكون علىٰ جنسه فلم يصح عطف الشرط علىٰ الجزاء، فصار معطوفاً علىٰ الشرط.

قال: فإن قال: إن دخلت هذه الدار فهذه الدار [فأنت طالق]، أو قال: إن دخلت هذه الدار فهذه الدار، [أو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، فهذه الدار]، فإن ذلك كله سواء لا يقع الطلاق إلا بدخول الدارين جميعاً، إلا أن دخول الدار الثانية يكون بعد الأولىٰ وإلا لم يقع الطلاق؛ وذلك لأن الفاء من حروف العطف كالواو، إلا أنها تفيد التعقيب فلا بد من دخول ما دخلت عليه الفاء بعد الأخرىٰ، وليس كذلك الواو؛ لأنها تفيد الجمع ولا تقتضي تقديم إحدىٰ الدارين علىٰ الأخرىٰ.



وعلىٰ هذا لو عطف بثُمَّ، فقال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار ثُمَّ هذه الدار؛ لأن ثُمّ ترتب كالفاء إلا أنهما تختلفان في أن الفاء تفيد التعقيب وثُمّ للتراخي، وقد استوتا في العطف والترتيب.

قال: فإن قال: أنتِ طالق إن دخلتِ هذه الدار أو هذه الدار، أو قال: إن دخلتِ هذه الدار أو هذه الدار فأنتِ طالق، أو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق أو دخلت هذه الدار، فذلك كله سواء وأي الدارين دخلت طلقت؛ لأن (أو) يقتضي التخيير، فصار كل فعل علىٰ حاله شرطاً في الطلاق، فأيهما وجد وقع، قال: والحروف [الستة] كلها في هذا المعنىٰ سواء؛ وذلك لأنها موضوعة للشرط، فأفاد كل واحد منها ما يفيد الآخر[1].

٢١٩١ - فَصْـل: [إعادة حرف العَطف مع الفعل في الشرط والجزاء]

ومما يضاف إلىٰ هذا الباب: إذا أعاد حرف العطف مع الفعل فقال: إن دخلتِ هذه الدار ودخلتِ هذه الدار، أو إذا دخلت هذه الدار ودخلت هذه، أو متىٰ دخلت هذه ودخلت هذه، أو متىٰ ما، أو إذا ما، فهو سواء، والشرط دخول الدارين؛ وذلك لما ذكرنا أن الواو للجمع، فاقتضىٰ جمع الشرطين، فلا فرق بين إعادة الفعل أو تركه؛ لأنه هو المراد في الحالين.

فإن كَرَّر الفعل بالفاء فقال: إن دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار الأخرىٰ فأنت طالق، فإن أبا يوسف فرق بين الفاء في هذا الوجه وبين الواو: فجعل اليمين في الواو [٢٣٩/ب] متعلقة بالفعلين، لا يبالي بأيهما بدأ، وجعل الفاء لا يقع الحنث حتىٰ يكون الفاء خبراً، فإن دخلت الدار الثانية قبل الأولىٰ ثم دخلت الأولىٰ لم

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٣٦.

يحنث، ذكر ذلك ابن سماعة عن أبي يوسف. وهذا على ما قدمنا أن الواو تفيد الجمع فيقتضي وجود الفعلين من غير ترتيب، والفاء تقتضي التعقيب، فلا بد من تأخر الفعل الثاني عن الأول.

وقد ذكر ابن سماعة عن محمد في هذا زيادة تفصيل فقال في رجل قال لامرأته: إن دخلت دار فلان فدخلت هذه الدار فأنت طالق، ولم تدخلها ثم طلّقها، فدخلت دار فلان ثم تزوجها، فدخلت الدار الثانية: لم تطلق؛ لأنه إنما صار حالفاً حيث دخلت الدار الأولى، فصار حالفاً يومئذٍ بطلاق امرأة لا يملكها، فلا تطلق إذا دخلت الدار الثانية وهي امرأته، فكأنه جعل دخول دار فلان شرط اليمين، وجعل ما بعد الفاء جواب الشرط [الأول][1] وعقدها بالفعل فاعتبر [الأول] وجود [الملك][2] عنده.

وقد ذكر أبو يوسف في مسألة أخرى مثل هذا فقال: إذا قال لامرأتين له: إذا غشيتُ هذه [فغشيتُ][3] هذه الأخرى فعبدي حر، فليس الحلف على الأولى إنما ينعقد عليه اليمين في الثانية إذا غشي الأولى، ويكون مولياً من الثانية إذا غشي الأولى، والفاء في هذا الموضع لا تشبه الواو، فدلَّ على أنه جعل غشيان الأولى شرطاً لانعقاده اليمين.

٢١٩٢ ـ فَصْل: [عطف حرف الشرط أو الفعل جميعاً]

فإن عطف حرف الشرط أو الفعل جميعاً، فقال: أنت طالق إن دخلت هذه

---

(١) الزيادة من أ.

(٢) في ب (الفعل)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (فإذا غشيت)، والمثبت من أ.



الدار، أو قال: وإن دخلت هذه الدار، أو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق وإن دخلت هذه الدار، فإن أبا يوسف ومحمداً قالا: أي الدارين دخلت طلقت وسقطت اليمين، ولا تطلق بدخول الأخرىٰ شيئاً؛ لأنه لما استأنف حرف الشرط مع الفعل، صار ذلك يميناً أضمر فيها الجزاء، فكأنه قال: إن دخلتِ هذه الدار فأنتِ طالق.

٢١٩٣ ـ فَصْل: [تأخير الطلاق والجمع بين الشرطين]

فإن أخر الطلاق وجمع بين الشرطين فقال: إن دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه الدار فأنت طالق، فإنها لا تطلق حتىٰ تدخل الدارين جميعاً وهو قول محمد رواه عنه ابن سماعة وقاله في الجامع الكبير[١]، وهو إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف، وروىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه سَوَّىٰ بين ذلك فقال: أي الدارين دخلت طلقت.

وجه قول محمد: أنه لما عطف الشرط علىٰ الشرط قبل الجزاء، دل علىٰ أنها يمين واحدة، ألا ترىٰ أن الكلام الأول لم يتم، فكأنه عطف الفعل علىٰ الفعل من غير حرف شرط، وليس كذلك الفصل الأول؛ لأن اليمين تمت بذكر الجزاء، [فلما استأنف][٢] حرف الشرط مع الفعل دَلَّ علىٰ أنه كلام مبتدأ.

وجه قول أبي يوسف: أن تقديم الشرط وتأخيره عن الجزاء سواء، فكما لو ذكر الجزاء ثم ذكر دخول الدار الثانية تعلق الجزاء بكل واحد منهما علىٰ الانفراد، كذا إذا قدمهما.

(١) انظر: الجامع الكبير، لمحمد بن الحسن، ص٣٦ (دار إحياء التراث العربي).
(٢) في ب (فلا تستأنف)، والمثبت من أ.

٢١٩٤ - فَصل: [اشتراط دخول الدار وكلام فلان]

ولو قال: كلما دخلتُ هذه الدار أو كلمتُ فلانًا، أو فكلمت فلاناً فعبد من عبيدي حر، فدخل الدار دَخَلات وكلم فلاناً مرة[1]، لم يعتق إلا واحد؛ لأنه جعل شرط العتق دخول الدار وكلام فلان، فإذا تكرر أحد الشرطين ووجد الآخر مرة واحدة، فقد تم شرط يمين واحدة، ووجد في بعض شرط الأخرىٰ، فلا يعتق إلا واحدٌ.

ولو قال: كُلَّما دخلتُ هذه الدار فإن كلمت فلاناً فأنتِ طالق، فإن دخل ثلاث دخلات ثم كلّم فلاناً، طلقت امرأته ثلاثاً؛ وذلك لأن ما بعد الفاء جواب لما قبلها، فصار دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين، فقد انعقد عليها بتكرار الدخول ثلاثة أيمان، والفعل الواحد يكون شرطاً لأيمان كثيرة، فيجب في جميعها.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف لو قال: كلما دخلتِ هذه الدار أو كلمت فلاناً فأنت طالق، فهذا عليهما جميعاً، فإن دخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلاناً مرة طلقت واحدة؛ لأن الواو للجمع، فصار الدخول والكلام شرطاً، وتكرار بعض الشرط لا يتعلق به حنث.

فإن عادت وكلمت فلاناً قبل أن تدخل الدار الرابعة طلقت؛ وذلك لأنه تم شرط يمين أخرىٰ، فوقعت عليها تطليقة أخرىٰ.

فإن كلمت فلاناً الثالثة طلقت أخرىٰ؛ لتمام شرط اليمين الثالثة.

قال: وكذلك لو نذر أن لا تكلم فلاناً[2] فكلمته ثلاث مرات، ثم دخلت

---

(١) العبارة في أ (فدخلت الدار فدخلت الدار دخلات وكلمت فلانًا مرة).

(٢) في أ (لو بدأت بكلام فلان).

الدار دخلة طلقت واحدة، فإن عادت فدخلتها أخرىٰ قبل الكلام لفلان الرابعة طلقت أخرىٰ، فإن عادت فدخلت الثالثة طلقت أيضاً؛ [لأنه] لا فرق بين تقديم أحد الشرطين علىٰ الآخر(١).

٢١٩٥ـ فَصْـل: [انعقاد اليمين بدخول الدار]

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: ولو قال كلما دخلت هذه الدار فإن كلمتِ فلاناً فأنتِ طالق، فإن اليمين في هذا إنما تنعقد بدخول الدار، فكلما دخلت دخلة انعقدت يمين، فإن كلمت فلاناً طلقت، وإن عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلاناً طلقت أخرىٰ.

ولو بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات، [ثم كلمت فلانًا، طلقت ثلاث مرات]، فكل دخلة بتطليقة؛ وذلك لأنّ دخول الدار شرط لانعقاد اليمين، فإن انعقدت عليها أيمان انحلت بشرط واحد.

قال: فإن بدأت بكلام فلان في هذه المسألة لم تنعقد به يمين، ولم يقع بها طلاق حتىٰ تكلم فلاناً بعد دخول الدار؛ لأنها ما لم تدخل لم تنعقد يمين، فلا يقع بالكلام طلاق.

قال وسمعت أبا يوسف يقول قال: ولو قال كلما دخلت هذه الدار، فكلما كلمت فلانًا فأنت طالق، قال فهذا عليهما، وتكون الفاء جزاءً، فإن بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلاناً مرة طلقت ثلاثاً.

ولو دَخَلتْ الدار دخلة، ثم كلمتْ فلانًا ثلاث مرات، طلقت ثلاثًا؛ لأن

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٤٦، ٤٧.

اليمين قد انعقدت بدخول الدار، فإذا تكرر شرطها تكرر الحنث؛ لأن كلما للتكرار.

٢١٩٦ ـ فَصْل: [إدخال الصفة على من دخل عليه كُلّ ثم العطف]

ولو سبق على [الجزاء][(١)] فقال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وفلانة لامرأته، فإن بِشراً وابن سماعة رويا عن أبي يوسف: أن امرأته تطلق الساعة ولا ينتظره أن يتزوج؛ وذلك لأن كلاً ليس بشرط على ما قدمنا، وإنما هو صفة وقد أدخل الصفة على من دخل عليه كل، ثم عطف فلانة عليه غير موصوفة، فوقع عليها الطلاق في الحال، وانعقدت اليمين على من سواها.

قال: ولو قال كل امرأة من نسائي تدخل هذه الدار فهي طالق، وفلانة سَمَّى بعض نسائه ـ فإن الطلاق يقع عليها قبل الدخول، فإن دخلت الدار وهي في [٢٤٠/ب] العدة طلقت أيضاً؛ لأنها دخلت في الشرط بقوله: كلُّ امرأة من نسائي، فلا يسبقها على الجزاء، اقتضى ذلك طلاقاً عليها غير متعلق بشرط؛ لأنه لم يصفها، فدخلت في الصفة بقوله: كل امرأة من نسائي وانفردت بقوله: وفلانة، [فوقعت عليها تطليقة][(٢)] ولو قال: أنت ومَنْ دخل من نسائي طالق، كانت طالقاً ساعة سكت؛ وذلك لأن مَنْ ليس بشرط، فقد يقع الطلاق عليها وعلى من يتصف بدخول الدار من نسائه، فوقع عليها الطلاق في الحال؛ لأنه ذكرها غير موصوفة ودخلت في الصفة بقوله: ومن دخل الدار من نسائي.

قال: ولو قال لامرأته: أنت طالق وفلانة إنْ تزوجتها، لم يقع الطلاق على

(١) في ب (الشرط)، والمثبت من أ.
(٢) الزيادة من أ.




امرأته حتىٰ يتزوج الأخرىٰ؛ وذلك لأن (إن) شرط، فلما عطف علىٰ الجزاء فالشرط تعلق به؛ لأنه لا فرق بين تقديم الجزاء وتأخيره، فكأنه قال أنت وفلانة إن تزوجتها طالقان.

قال: ولو قال الرجل لعبده: أنت حر ومن دخل الدار من عبيدي، عتق الأول، فإن عنىٰ أن عتقه بدخول الدار لم يُدَيَّنْ في القضاء، وهذا علىٰ ما بَيَّنَّا: مَنْ ليس بشرط، وإنما (وصفه)[1] فقد أوقع العتق علىٰ عبد لم يصفه بصفة، ثم أوقع علىٰ عبد موصوف، فيعتق الأول في الحال.

وقال محمد في الجامع الكبير: في رجل له امرأتان قال لإحداهما: أنت طالق إن دخلت هذه الدار لا بل هذه، أو قال أنت طالق إن شئت لا بل هذه، فإن دخلت الأولىٰ وشاءت طلقتا [جميعًا، ولا][2] تطلق الثانية قبل ذلك، وهذا علىٰ ما بينا أنه علق طلاق الأولىٰ بشرط، وقوله لا: للرجوع والاستدراك، وهو لا يملك الرجوع عن اليمين، ويملك تعليق طلاق الثانية بالشرط فيتعلق به.

وقال مُعَلَّىٰ: سألت محمداً عن رجل قال: إن تزوجت فلانة فأنت طالق[3] لا بل غلامي فلان حر، قال: يعتق عبده الساعة؛ وذلك لأنه لما استأنف قوله بل غلامي فلان حر، فقد ذكر كلاماً مستقلاً لا يفتقر إلىٰ ما تقدم، فتعلق الحكم به، ولم يعتبر فيه الشرط.

قال ولو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق لا بل فلانة، والثانية امرأته، فإن

---

(١) في أ (هو صفة).
(٢) في ب (طلقتا أولاً).
(٣) في أ (فهي طالق).

امرأته لا تطلق الساعة؛ لأن الكلام الثاني غير مستقبل، فتعلق بالشرط.

قال وإن قال لعبده: أنت حر إن دخلت الدار[1]؛ لأنه استدرك بكلام غير مستقل فتعلق بالشرط.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: لو أن رجلاً قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق فطالق لا بل هذه، قال فإذا دخلت [الأولىٰ] الدار طلقتا ثلاثاً ثلاثاً؛ وذلك لأن قوله لا بل هذه غير مستقل فأضمر فيه الشرط، فتعلق الجزاء بالثانية كتعلقه بالأولىٰ.

ولو قال أنت طالق وطالق وطالق لا بل هذه، وقع علىٰ الثانية[2] واحدة وعلىٰ الأولىٰ ثلاثاً؛ لأنها تضم في الثانية ما يستقل به الكلام، والكلام يستقل بإضمار تطليقة.

ألا ترىٰ أن التطليقات هاهنا متفرقة، فكأنه قال: لا بل هذه طالق، وفي الفصل الأول الكلام كله متعلق بالدخول فكأنه جمعه.

قال: ولو قال لامرأته: أنت طالق إن كلمت فلاناً، لا بل هذه، كان علىٰ الكلام لا علىٰ الطلاق؛ لأنه سبقها علىٰ الطلاق الكلام، فتعلق طلاقها بكلام فلان.

قال فإن قال: إن كلمت فلاناً فأنت طالق لا بل هذه، فقوله لا بل هذه علىٰ الطلاق؛ لأنه يسبقها علىٰ الجزاء فتعلق طلاقها بما تعلق به الأخرىٰ.

---

(١) في (أ): لا بل فلا لعبد له آخر لم يعتق الثاني إلا بعد دخول الدار

(٢) في (أ): واحدة وعلىٰ الأولىٰ ثلاث.

٢١٩٧ ـ فَصْل: [الاستثناء بعد عطف اليمين على اليمين]

وأما إذا عطف اليمين على اليمين ثم استثنى بعدهما، فقال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف: في رجل قال لامرأته عَمْرة طالق ثلاثاً إن دخلت الدار، وزينب طالق واحدة إن كلمت فلاناً إن شاء الله تعالى، فهو في القضاء على الأخرى، فإن أرادهما جميعاً ديّن فيما بينه وبين الله تعالى.

وقال محمد في الجامع الكبير: الاستثناء على اليمينين جميعاً(١).

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا أنه إذا أراد(٢) إيقاعين ثم استثنى، فالاستثناء عليهما في قولهم، مثل أن يقول: زينب طالق وعَمْرة إن شاء الله تعالى، أو عبدي حُرٌّ إن شاء الله تعالى؛ لأنه كلام واحد معطوف بعضه على بعض، فرجع الاستثناء إلى جميعه بدلالة قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وقد رجع الاستثناء إلى الجميع، وأما إذا عطف جملة [على جملة](٣) فعند أبي يوسف: يرجع الاستثناء إلى الجملة الأخيرة(٤).

وقال محمد: إذا عطف إحداهما على الأخرى ولم يفصل بينهما بسكوت رجع إليهما، وكان أبو الحسن يقول: إن مذهب أبي يوسف أن الاستثناء في حكم الشرط؛ لأنه لفظ شرط، ولو عقب الجملتين بشرط رجع إلى الثانية، فكذلك [ها هنا].

(١) الجامع الكبير، ص ٤٢ (دار الكتب العلمية).
(٢) في أ: ذكر.
(٣) الزيادة من أ.
(٤) في أ: الثانية.



وأما محمد: فعنده أن الاستثناء لرفع الكلام، بدلالة أنه لا يتوصل إلىٰ العلم بهذه المشيئة، فلا يجوز أن يقصد بها الشرط، وإنما يذكر لرفع الكلام، فلا يختص بإحدىٰ الجملتين دون الأخرىٰ؛ لأنها كلام واحد.

وأما إذا لم يعطف إحدىٰ الجملتين علىٰ الأخرىٰ، فقال: زينب طالق إن دخلت الدار، وعَمرة طالق إن كلمت فلاناً، فإن الاستثناء يختص بالجملة الأخيرة؛ لأنه لما لم يعطف إحدىٰ الجملتين علىٰ الأخرىٰ لم يتعلق بها، (وصار كل واحد من الجملتين لم يتعلق بها)[1] وصار كل واحدة من الجملتين منفردة بنفسها، وكذلك إن فصل بين الجملتين بسكوت وجاء بحرف العطف؛ لأن السكوت يفصل أحد الكلامين من الآخر، فلا يعود الاستثناء إلىٰ الأول، وقد قالوا في الإيقاعين أن الاستثناء يعود إليهما في القضاء، [٢٤١/ب] وأما الجملتان إذا عطف إحداهما علىٰ الأخرىٰ ولم يفصل بينهما بسكوت وجاء بحرف العطف، فإن الاستثناء عند أبي يوسف يرجع إلىٰ الأولىٰ فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه كلام واحد.

وإذا فصل بين الجملتين بسكوت لم يصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ أنه رَدَّ الاستثناء إلىٰ الكلام [الأول؛ لأن الكلام الثاني] منقطع فينقطع عنه، والاستثناء المنقطع لا يتعلق به حكم، وهذا الذي ذكرناه هو المشهور.

وقد روىٰ بشر عن أبي يوسف: أن الجملة إذا عطف عليها الإيقاع فقال: عَمْرة طالق إن دخلت الدار وزينب طالق، كانت يميناً واحدة، فإن دخلت الدار طلقتا جميعاً والاستثناء عليهما؛ وذلك لأنه يحتمل أن يكون طلق زينب في الحال، ويحتمل أن يكون علق طلاقها بالشرط، [فلم][2] يقع في الحال بالشرط

---

(١) ساقطة من أ.

(٢) الزيادة من أ.



بالشك، وإذا تعلق بالدخول صار جملة واحدة، فرجع الاستثناء إلىٰ جميعها، وكذلك قال في قوله عمرة طالق (إن شاءت وزينب طالق إن شاء الله.

٢١٩٨ - فَصْل: [الطلاق بالتعليق علىٰ الشرط]

قال بشر عن أبي يوسف: فيمن قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق)[١] إن دخلتُ الدار، فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرىٰ، فالطلاق يقع علىٰ التي تزوج قبل الدخول، ولا يقع علىٰ التي تزوج بعد الدخول، وكذلك ذكره محمد في الجامع الكبير[٢]؛ لأنه جعل دخول الدار شرطاً في وقوع الطلاق علىٰ امرأة موصوفة بأنه تزوجها بعد اليمين، فمن كانت في ملكه عند الدخول بهذه الصفة وقع عليها الطلاق، ومن تزوجها بعد الدخول لم يوجد [فيها] الصفة عند الشرط فلا تطلق، فكأنه قال: كل امرأة لي عمياء طالق إن دخلت الدار، فدخلت الدار ثم عميت (امرأته)، لم تطلق.

قال: ولو كان بدأ بالدخول فقال: إن دخلتُ الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرىٰ، فإن الطلاق يقع علىٰ الذي تزوج بعد دخول الدار، ولا يقع علىٰ التي تزوج قبل الدخول؛ لأنه جعل دخول الدار شرطًا لانعقاد اليمين، فكأنّه قال عند الدخول: كل امرأة أتزوجها (طالق)[٣] ولا تدخل في ذلك ما تزوج من قبل، قال أبو يوسف: فإن نوىٰ ما تزوج قبل أو بعد في المسألتين جميعاً، فليس يقع علىٰ ما نوىٰ ولا يلزمه ذلك؛ لأنه نوىٰ ما لا يحتمله لفظه.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الجامع الكبير ص٣٣، ٣٤.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

قال بشر: ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن دخلتُ الدار، فدخل الدار ثم تزوج، لم يقع الطلاق، فإن دخل الدار ثانياً [وقع][1] الطلاق؛ وذلك لأنه عقد اليمين علىٰ دخول الدار بعد التزوج، فالدخول قبله غير معقود عليه، فلم ينحل به اليمين، فإذا وجد الدخول الثاني وهو المعقود عليه وقع [به][2] الطلاق.

قال أبو الحسن: وإذا قال كل امرأة أتزوجها إلىٰ سنة فهي طالق (إن كلمت فلاناً أو بدأ بالكلام، فقال: إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها إلىٰ سنة طالق)[3] أو قال في الوجهين جميعاً كلما، فذلك كله سواء يقع الطلاق علىٰ ما يتزوج في الوقت قبل الكلام وبعده إذا بدأ بالتزويج، وإذا بدأ بالكلام فَوَقّتَ وقع علىٰ ما بعد الكلام، والتوقيت وغير التوقيت إذا بدأ بالكلام سواء، وإذا بدأ بالتزويج فهو مختلف، روىٰ ذلك ابن سماعة عن أبي يوسف في الإملاء، وقاله محمد في الجامع الكبير؛ وذلك لأنه إذا قال: كل امرأة أتزوجها [إلىٰ][4] سنة فلا بد للتوقيت من فائدة، فلو اختصت اليمين بما تزوج [قبل][5] الكلام بطل حكم التوقيت؛ فلذلك وقع علىٰ الأمرين، فأما إذا قال: إن كلمتُ فلاناً فكل امرأة أتزوجها، فقد جعل الكلام شرطاً لانعقاد اليمين، فلا يتعلق بمن تزوجها قبل العقد حكم، وتكون فائدة التوقيت تخصيص العقد بمن تزوج في المدة دون ما بعدها[6].

---

(١) في ب (دخل)، والمثبت من أ.
(٢) في ب (عليه)، والمثبت من أ.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٤) في ب (في)، والمثبت من أ.
(٥) في ب (في)، والمثبت من أ.
(٦) انظر: الجامع الكبير ص٧٤.



بَابُ
(لو) إذا جعلت شرطاً

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال: لو قال [رجل لامرأته]: أنت طالق لو دخلت الدار، لم تطلق، هذا بمنزلة قوله إن دخلت [الدار]، فكل شيء لا يقع فيه الطلاق بقوله إن دخلت الدار وإذا دخلت الدار، فإنه لا يقع فيه الطلاق إذا كان مكان (إنْ) (لو)، بمنزلة إنْ، وإذاْ، ومتىٰ.

والأصل في ذلك: أن لفظة (لو) تذكر (لترقب)[1] الشيء في المستقبل عند وجود ما دخل عليه حرف (لو)، وهذا معنىٰ الشرط؛ فلذلك [وقف][2] الطلاق علىٰ دخول الدار، وهذا ليس بشرط في الحقيقة، وإنما وقف الطلاق علىٰ الدخول لما في اللفظ من معنىٰ [الترقب][3]، وقوله (لو) بمنزلة (إن)، لا يريد بذلك أنها شرط، وإنما يريد [به] أنها كهي في أن الطلاق لا يقع قبل الدخول.

ولو قال لامرأته: أنت طالق لو حسن خلقك سوف أراجعك، فإن الطلاق يقع الساعة؛ وذلك لأن (لو) إنما أدخلت علىٰ ترقب الرجعة، فوقع الطلاق في الحال، كما لو قال أنت طالق إن حسن خلقك راجعتك، وكذلك لو قال أنت طالق لو قدم أبوك راجعتك [وإذا قدم راجعتك، كما لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار راجعتك] وليس هذا بيمين، وإنما هذه عدة وخبر ومعانيه في بعضه.

---

(١) في أ (لوقت).

(٢) في ب (وقع)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (التقيت)، والمثبت من أ.

وقال ابن سماعة قال أبو يوسف: إذا قال لامرأته أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك، لم تطلق الساعة، وإن دخلت الدار لم تطلق حتى يطلقها، فإن لم يطلقها طلقت قبل موته أو موتها [٢٤٢/ب] بلا فصل؛ وذلك لأن هذا رجل حلف بطلاق [امرأته ليطلقها][1] إذا دخلت الدار، فهو كقوله عبدي حر لو دخلت الدار لأضربنك، فهذا حلف بعتق عبده ليضربنها إن دخلت [الدار]، فإذا دخلت (في مسألة الطلاق)[2] لزمه أن يطلقها، فإذا مات أو ماتت فقد فات شرط البر في آخر جزء من أجزاء الحياة، فيقع الطلاق كمن قال أنت طالق إن لم آت البصرة، فمات قبل أن يأتيها، طلقت في آخر جزء من أجزاء حياته.



(١) في ب (امرأة يطلقها)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (مرة).



بَابُ
(لولا) إذا جعلت شرطاً

[قال أبو الحسن] قال مُعَلَّى: قال محمد: إذا قال لامرأته أنت طالق لولا دخول الدار، أو [قال]: أنت طالق لولا مهرك عليّ، أو [قال]: أنت طالق لولا شرفك، فهذا كله استثناء ولا يقع الطلاق عليها، وكذلك لو قال: لولا الله.

والأصل في هذا: أن «لولا» يمتنع بها الشيء لوجود غيره، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ﴾ [هود: ٩١]، وتقول: لولا المطر لجئتك[١]، فصار كأنه قال: لولا دخول الدار لطلقتك، فلا يقع عليها طلاق، وكذلك لو قال: قد طلقتك لولا دخولك الدار، وكذلك لو قال: لولا دخولك (تلك)[٢] الدار قد طلقتك أمس، أو كان مكان قد لقد في هذه [الوجوه][٣] كلها، وهذا كله استثناء، وكذلك (لو قال: لولا دخولك الدار)[٤] أنت طالق أمس لولا دخولك الدار، فأما قول أبي الحسن: إنّ هذا استثناء، فليس هذا ظاهره؛ لأن ألفاظ الاستثناء محصورة، ولكن لما منع هذا اللفظ من وقوع الطلاق صار كالاستثناء المانع، وهذا على ما يقوله أصحابنا في قوله إن شاء الله أنه استثناء، معناه: أنه يرفع حكم الكلام كما يرفعه الاستثناء[٥].

---

(١) في أ (لجئته).

(٢) ساقطة من أ.

(٣) في ب (الموجودة)، والمثبت من أ.

(٤) ساقطة من أ.

(٥) انظر: التجريد، ١٠/٤٩٠٦ وما بعدها.

بَابٌ آخَر
[تكرار الشرط إذا عُلق به جزاء واحد]

قال الشيخ رحمه الله: ومما لم يذكره أبو الحسن في المختصر تكرار الشرط إذا علق به جزاء واحدًا، قال بشر عن أبي يوسف، إذا قال: إن تزوجت إن تزوجت فلانة فهي طالق، قال: فإنما عقد اليمين بالقول الثاني والقول الأول لغو، وكذلك إذا إذا، ومتى متى، وإن إذا، وإن متى، وكذلك إن بدأ بإذا وأخّر إنْ، لو قال إذا، ثم قال متى؛ وذلك لأن الشرط لا يتعلق به حكم إلا بانضمام الجزاء إليه، وقد ضم الجزاء إلى الشرط الثاني وهو منقطع عن الأول، فبقي الأول بغير جزاء فسقط حكمه.

قال: فإن قَدَّم الطلاق قبل[1] الكلامين انعقدت اليمين لكلام الأول والثاني لغو؛ وذلك لأن الطلاق تعلق بالشرط الأول والثاني غير معطوف عليه، [فبقي][2] شرط لا جزاء له فلغا، وإن جعل الطلاق وسط الكلامين فقال: إذا تزوجتك فأنت طالق إن تزوجتك، فإنما انعقدت اليمين بالكلام الآخر والأول لغو؛ وذلك لأن (إن) شرط محض، و(إذا) شرط فيه معنى الوقت، ولا بد من تعليق الطلاق بأحدهما، فكان تعليقه بالشرط المحض أولى.

وقال محمد في الجامع الكبير: في رجل قال ـ لدار واحدة ـ: إن دخلتِ

(١) في أ (على).
(٢) في ب (وبقي)، والمثبت من أ.

هذه الدار، إن دخلت هذه الدار، فعبدي حر، فدخلها دخلة واحدة، فإنه ينبغي في القياس: أن لا يحنث حتىٰ يدخل الدار دخلتين، لكنا نستحسن ونجعله حانثاً بالدخلة الأولىٰ، ونجعله منه [ردًا للكلام][1]، إلا أن يعني دخلتين، فيكون علىٰ ما عناه.

وجه القياس: أنه لما كرر الشرط أمكن حمله علىٰ فائدة: وهو أنه أراد العطف فترك حرف العطف، فصار الشرط دخولاً بعد دخول، إلا أنه استحسن لما ذكرناه، فإن عنىٰ الدخلتين صدق؛ لأن ظاهر الكلام أن الفائدة متعلقة به، ومن نوىٰ ظاهر كلامه صدق.

وقال بشر عن أبي يوسف: وإن كان في الكلام (فاء) أو (واو) فقال: إن تزوجت وإن تزوجت، أو إن تزوجت فإن تزوجت، أو فإذا تزوجت ومتىٰ تزوجت، فهذا لا يقع عليها الطلاق حتىٰ يتزوج مرتين؛ وذلك لأنه لما عطف أحد الشرطين علىٰ الآخر تعلق الجزاء بهما.

قال: فإن قَدَّمَ الطلاق فقال أنت طالق إن تزوجتك فإن تزوجتك، فهذا علىٰ تزويج واحد، وهذا مخالف للباب الأول؛ لأن الكلام تم بالجزاء والشرط، فإذا أعاد الشرط بعد تمام الكلام لم يتعلق به حكم كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق أنت.

ولو قال [إن تزوجتك] فأنت طالق وإن تزوجتك، طلقت بكل واحد من التزويجين؛ لأنه عطف التزويج علىٰ الجزاء فصار مضمراً فيه، فكأنه قال: [وإن] تزوجتك فأنت طالق.

---

(١) في ب (ذكرًا للكلام)، والمثبت من أ.

٢١٩٩ - فَصْل: فيما يخرجه الحالف مخرج الشرط

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لامرأته: أنت طالق إن دخلْتُ الدار، [قال]: فهذا يخبر أنه قد دخل بمنزلة قوله إن لم أكن دخلت الدار، فإن كان قد دخل لم تطلق؛ وذلك لأن هذا ليس بشرط وإنما هو خبر عن الماضي أكده باليمين، فإن كان كاذباً طلقت، وإن كان صادقاً لم تطلق.

قال: ولو قال أنت طالق لا دخلتِ الدار فهذا [بمنزلة][1] قوله أنت طالق إن دخلت الدار فلا تطلق حتىٰ تدخل؛ لأن (لا) حرف نفي أكده بالحلف، فكأنه نهاها عن الدخول، فأكّد ذلك تعليق الطلاق بدخولها.

قال: ولو قال أنت طالق إنْ دخلت الدار، فإنها تطلق الساعة؛ لأن قوله: دخلت الدار إخبار عن دخول جعله علة في تطليقها، ومن طلق وعلل الطلاق بعلة لم توجد، لم يمنع ذلك وقوع الطلاق.

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل قال لامرأته أنت طالق وإن دخلت الدار، فهي طالق الساعة؛ وذلك لأنه عطف الشرط علىٰ الطلاق ولم يعلقه به، ومن ذكر الطلاق ولم يعلقه بشرط وقع.

قال ولو قال: أنت طالق الساعة وإن دخلت الدار، [كانت طالقًا] الساعة واحدة، وإن دَخَلَتْ الدار [طلقت] أخرىٰ؛ وذلك لأنه طلقها تطليقة متعلقة بوقت وعطف عليها وقتاً آخر، فالظاهر أنه علق الطلاق بالوقت الثاني.

قال ولو قال: أنت طالق لدخولك الدار، [فهي] طالق الساعة واحدة؛

---

(١) في ب (مثل) والمثبت من أ.



وذلك لأنه جعل [تقدم][1] الدخول علة لوقوع الطلاق [عليها]، ومن علق الطلاق بعلة سابقة وقع، وكذلك لو قال: لحيضتك، فإن قال: بحيضتك، أو: بدخولك، أو: في دخولك فهذا وقت لا تطلق حتى تدخل الدار أو تحيض؛ وذلك لأن الباء تقتضي تعليق الصفة بالموصوف، وحرف الظرف إذا دخل على الفعل جعله شرطاً [٢٤٣/ب].

وقال محمد في الجامع الكبير: لو قال لامرأته إن دخلت الدار أنت طالق، فإنها تطلق في القضاء حين تكلم بذلك، فإن كان يعني أنها طالق إذا دخلت الدار، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالى ولم [يديّن][2] في القضاء، ولو قال: إن دخلت الدار وأنت طالق، يعني أنها طالق بعد الدخول، لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن قال إن دخلت الدار أنت طالق، أنها [لا] تطلق حتى تدخل الدار.

وجه ما [قال] في الجامع الكبير: أنه لم يعلق الطلاق[3] بالشرط، فصار كلاماً مبتدأً فوقع به الطلاق[4].

وجه قول أبي يوسف: أنه يحذف حرف الجزاء وهو مراد، لولا ذلك لم يكن لذكر الشرط فائدة، فكأنه ذكر الحرف.

---

(١) في ب (بقدر) والمثبت من أ.

(٢) في النسختين (بيّن)، والمثبت ما يقتضيه السياق.

(٣) في أ (الجزاء).

(٤) انظر: الجامع الكبير ص ٢٦ (دار الكتب العلمية).

فأما فصل محمد بين [ما إذا][1] ذكر حرف العطف أو لم يذكر في أنه يديّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ فلأنه إذا لم يذكر حرف عطف فيجوز أن يكون أضمر حرف الجزاء، فإذا عطف فهو استئناف للكلام، فلا يتعلق بما تقدم.

وذكر ابن سماعة عن محمد في نوادره فيمن قال: إن شاء الله أنت طالق، أو قال لعبده إن شاء الله أنت حر، قال: هذا كلام منقطع فيعتق وتطلق في القضاء.

قال محمد [رُوي] عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال إن شاء الله أنت طالق، وإن شاء الله فأنت طالق، أو وأنت طالق، فهو مستثنىٰ في هذا علىٰ ما قدمنا من الخلاف.

فأما إذا قال: فأنت أو وأنت، فقد عطف [الطلاق] علىٰ المشيئة فيتعلق به في قول أبي يوسف ومحمد.

قال محمد: إذا قال: إن شاء الله فأنت طالق، فهو مستثنىٰ؛ لأن الفاء ما بعدها بما قبلها، قال أبو يوسف: وإن قدر الطلاق فقال: أنت طالق وإن شاء الله، أو أنت طالق فإن شاء الله، لم يكن مستثنىٰ؛ لأنه أوقع الطلاق وعطف عليه المشيئة، ومن حكم الطلاق أن يتعلق بها والعطف غير المعطوف عليه.

٢٢٠٠ ـ فَصْل: [ما تقتضي حرف الواو من العطف والجمع]

قال بشر: سمعت أبا يوسف قال: فيمن قال لامرأته إن دخلت هذه الدار وخرجت منها فأنت طالق، فاحتملها إنسان وهي كارهة، فأدخلها ثم خرجت من قِبَلِ نفسها ثم دخلتها ولم تخرج منها؛ فإن الطلاق يقع عليها؛ وذلك لأن الواو

(١) في ب (من) والمثبت من أ.

[لا] تقتضي الترتيب، ولا عادة في تقديم أحد الشرطين على الآخر، فتعلق الطلاق بوجودهما وإن تقدم الثاني على الأول، [قال]: وكذلك القيام والقعود، والسكوت والكلام، والضرب والترك، والصوم والإفطار.

ولو قال لها: إن حضتِ وطهرتِ فأنت طالق، فطهرت من هذا الحيض ثم حاضت، لم يقع الطلاق حتى تطهر، ولا يقع الطلاق حتى يتقدم الحيض في هذا الموضع الطهر.

وكذلك إذا قال لها: إذا حملتِ وولدتِ وهي حبلى، وكذلك إذا زرعت وحصدت، فلا بد من تقدم الزرع الحصاد، والحمل الولادة، والحيض الطهر؛ وذلك لأن العادة أن أحد الأمرين يتعقب الآخر فوجب الترتيب بالعادة، ولو قال لامرأته: إن تزوجتك وطلقتك فعبدي حر، وليس له نية، ثم طلقها واحدة بائنة[1] ثم تزوجها، عتق عبده.



(١) في أ (بائنًا).



بَابُ
الباء إذا جعلت شرطاً

قال أبو يوسف: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني أو برضاي أو بعلمي، فهو على كل مرة، قال أبو الحسن: وهذا قولهم جميعاً.

وقال محمد: إن قال إلا بأمري، أو قال بغير أمري، أو بغير إذني، أو بغير رضاي، فذلك كله سواء إذا خرجت بغير إذنه أو رضاه أو علمه أو أمره حنث، وهو على كل مرة عندهم جميعاً؛ وذلك لأن الباء [الإلحاق][1] الصفة بالموصوف، فيقتضي وجود الإذن في كل خروج، فإذا خرجت بغير إذنه حنث، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَا نَتَنَزَّلُ إِلَّا بِأَمْرِ رَبِّكَ﴾ [مريم: ٦٤] والمراد به الأمر في كل مرة.

قال: فإن قال إلا أن آذن، أو [إلى] أن أرضى، أو حتى [آذن، أو حتى] أرضى، فذلك كله سواء، فإذا أذن مرة سقطت اليمين؛ وذلك لأن [إلا أنْ][2] توقيت [وغاية][3]، قال الله تعالى: ﴿لَا يَزَالُ بُنْيَـٰنُهُمُ ٱلَّذِى بَنَوْا۟ رِيبَةً فِى قُلُوبِهِمْ إِلَّآ أَن تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ١١٠] وحتى: غاية قال الله: ﴿فَلَنْ أَبْرَحَ ٱلْأَرْضَ حَتَّىٰ

(١) في ب (لا تحالف)، والمثبت من أ.
(٢) في ب (الآن)، والمثبت من أ.
(٣) في ب (رعاية)، والمثبت من أ.



يَأْذَنَ لِيٓ أَبِيٓ ﴾ [يوسف: ٨٠]، وقال: ﴿وَٱعۡبُدۡ رَبَّكَ حَتَّىٰ يَأۡتِيَكَ ٱلۡيَقِينُ ﴾ [الحجر: ٩٩] وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها، فإذا وجدت ارتفعت اليمين [فلم يحنث] بالخروج.

قال: وإن أراد بقوله: إلا بإذني مرة واحدة، فإن محمداً قال في الأمالي: هو علىٰ ما نوىٰ فيما بينه وبين الله تعالىٰ وفي القضاء، وروىٰ ذلك محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، قال: وكذلك قول أبي يوسف ومحمد.

وروىٰ هشام وابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: [إذا نوىٰ مرة واحدة في قوله (إلا بإذني) فهو علىٰ ما نوىٰ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولم] يديّن في القضاء.

وجه الرواية الأولىٰ: أن قوله (إلا بإذني) لا يقتضي تكرار الإذن بصريح اللفظ وإنما أثبتناه بدلالة، فإذا نوىٰ مرة واحدة فقد نوىٰ ما في صريح كلامه فيصدق.

وجه قول أبي يوسف: أن الظاهر من كلامه تكرار الإذن، ومن نوىٰ خلاف الظاهر لم يصدق في القضاء.

قال: فإن أراد بقوله حتىٰ آذن كل مرة، فهو علىٰ ما نوىٰ في قولهم؛ لأنه شدد علىٰ نفسه والتزم الحنث فيما لا لفظ له فصدق فيه.

٢٢٠١ ـ فَصْل: [تعليق انعقاد اليمين المؤقتة بآخر الوقت]

فإن قال: إلا بإذن فلان فمات المحلوف علىٰ إذنه، بطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هي علىٰ حالها.

وجه قولهما: أن اليمين المؤقتة تعلق انعقادها بآخر الوقت، فكأنه قال لها



عند الخروج: إن خرجت إلا بإذن فلان، وإذنُه معدوم، وعدم [٢٤٤/ب] المعقود عليه يمنع بقاء اليمين.

فأما أبو يوسف فقال: إن موته يوجب فوات[1] شرط البر، وذلك يؤكد الحنث.

وهذا فرع على اختلافهم فيمن حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز وليس في الكوز ماء، لم تنعقد يمينه عند أبي حنيفة ومحمد بفقد[2] المعقود عليه.

وكذلك في مسألتنا كأنه قال: أنت طالق إن خرجت، وهناك لفلان إذن (مشروط، فإذا)[3] مات لم يبق له إذن.

٢٢٠٢ ـ فَصْل: [وقوع الخروج بعد الإذن إلا أنها لم تسمع]

قال: فإن وقع الإذن من حيث لا تسمع فخرجت بعد الإذن، فإنه يحنث عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يحنث في قول أبي يوسف.

وجه قولهما: أن الإذن مأخوذ من الإعلام ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَذَٰنٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ﴾ [التوبة: ٣] فإذا أذن لها بحيث لا تستمع لم يكن ذلك إعلاماً [ولأن][4] اليمين يجري مجرى النهي، والإذن كالإباحة، فهي كإباحة صاحب الشريعة وحظره، فلا يثبت في حق من لم يعلم الإباحة والحظر، وقد روي أن قوماً شربوا الخمر بعد نزول تحريمها ولم يعلموا بالتحريم، فنزل فيهم قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟ إِذَا مَا ٱتَّقَوا۟﴾ [المائدة: ٩٣] وليس

(١) في أ (يوجب سقوط البر).
(٢) في أ (العدم).
(٣) في أ (مترقب فلما).
(٤) في ب (وكان) والمثبت من أ.



كذلك إذا أذن لها بحيث يجوز أن تسمع وهي نائمة [لأنه وجد][1] فعل الإذن ووصل إلىٰ سمعها، وهناك مانع يمنع مِنْ التحصيل، فصار كما لو أذن لها وهي تسمع إلا أنها غافلة.

لأبي يوسف: أنه حلف أن لا يخرج وهو كاره، فإذا أذن وهي لا تعلم فليس بكارهٍ، فلا يحنث.

وقد حكي عن ابن شجاع أنه قال: لا خلاف في هذه المسألة أنه لا يحنث؛ لأنه قد عقد علىٰ فعل نفسه في الإذن وقد أذن.

قال: وإنما الخلاف بينهم في الأمر[2]، وروىٰ نصير بن يحيىٰ عن أبي مطيع عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف، إلا أن أبا سليمان حكىٰ الخلاف في الإذن.

وقال ابن سماعة عن محمد: لو أن رجلاً قال لعبده: إن خرجتَ من باب الدار إلا بإذني فأنت حر، ثم قال لعبده الذي حلف عليه: أطع فلاناً في جميع ما يأمرك به، فأذن فلان للعبد المحلوف عليه في الخروج فخرج، فإن المولىٰ حانث؛ لأنه لم يأذن له في الخروج، وإنما أذن له في طاعة فلان.

ولو قال المولىٰ للرجل[3]: ائذن له في الخروج، فأذن له الرجل فخرج فإن المولىٰ حانث؛ لأنه لم يفعل الإذن وإنما أمر به وهو عقد علىٰ فعل نفسه.

وكذلك لو قال له: (قل له يا)[4] فلان، مولاك قد أذن لك، فخرج فإن

---

(١) في ب (أنه) والمثبت من أ.

(٢) في أ هنا تقدم عبارة (إلا أن أبا سليمان...).

(٣) في أ (لفلان).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.



المولىٰ حانث [٢٤٤/ب]؛ لأن المولىٰ لم يأذن فقد أمره بكذب.

قال: فلو قال المولىٰ ـ لعبده بعد يمينه ـ ما أمرك به فلان فقد أمرتك به، فأمره الرجل بالخروج أو أذن له، فخرج فإن المولىٰ يحنث، لأن[1] مقصود المولىٰ باليمين أن لا يخرج إلا برضاه، فإذا قال: ما أمرك [به] فلان فقد أمرتك به، وهو لا يعلم أنه يأمره بالخروج، فذلك ليس برضاً، فلا يمنع الحنث.

ولو قال المولىٰ للرجل: قد أذنت له في الخروج، فأخبر الرجل به العبد لم يحنث المولىٰ؛ لأن المولىٰ قد أذن [له]، وإنما لم يثبت [له] حكم الإذن في حقه لعدم العلم، فإذا أعلمه به لم يحنث.

قال: ولو قال لامرأته: إن خرجتِ إلا بإذني، ثم قال لها: إن بعت خادمك فقد أذنت لك، لم يكن منه هذا إذناً؛ لأنه مخاطرة، ألا ترىٰ أنه يجوز أن تبيع ويجوز أن لا تبيع، فلا يعد ذلك رضاً.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال لها: إن خرجت إلا بأمري[2]، قال: فالأمر علىٰ أن[3] يأمرها ويسمعها أو يرسل بذلك رسولاً إليها، وإن أشهد قوماً أنه قد أمرها ثم خرجت فإنه حانث؛ وذلك لأن الأمر لا يثبت حكمه إلا بالعلم، كأمر صاحب الشريعة، فأما الإذن فالمقصود به أن لا تخرج مع كراهيته، وهذا المعنىٰ لا يوجد وإن كانت لا تعلم.

وقال مُعَلَّىٰ عن محمد: إذا قال إلا بإذني، ثم قال لها: قد أذنت لك (عشرة

(١) في أ (لأنه قصد).
(٢) في أ (بإذني).
(٣) في أ (مَن).



أيام، فدخلت مراراً في العشرة، فإنه لا يحنث، وكذلك لو قال: قد أذنت لك)[1] أبداً أو الدهر كله، فهذا إذن منه لها في كل مرة وهو بمنزلة قوله: قد أذنت لكِ كلما شئت؛ لأنه أذن في كل خروج يوجد منها، فلا فرق بين أن يكون بلفظ واحد أو بألفاظ.

قال محمد: ولو غضبت وتهيأت للخروج فقال: دعوها تخرج، ولا نية له، فلا يكون هذا إذناً لها، إلا أن ينوي الإذن؛ لأنه لم يأذن لها، وإنما أمرهم أن لا يعارضوها، ويجوز أن تفعل ذلك ليحنث، فإن أراد به الإذن جاز.

قال: ولو قال لها في غضبه: اخرجي، ولا نية له كان على الإذن؛ لأنه صريح الأمر إلا أن يعني: اخرجي حتى تطلقي؛ وذلك لأن الإذن يكون بالقصد فإذا قصد التهديد لم يكن إذناً.

قال: ولو قال عبده حر إن دخل هذه الدار إلا أن ينسى، فدخلها ناسياً ثم دخل بعد ذلك ذاكراً، فقد سقطت اليمين، فلا يحنث بدخوله بهذه اليمين على حاله؛ وذلك لما قدمنا أن (إلا أن) غاية، فإذا وجد سقطت اليمين.

ولو [٢٤٥/أ] قال: إن دخل هذه الدار إلا ناسياً، فدخلها ناسياً ثم دخلها ذاكراً حنث؛ لأنه عقد على كل دخول واستثنى منه دخولاً بصفة، فما سواه داخل في اليمين فيحنث به.

٢٢٠٣ ـ فَصْل: [سقوط اليمين بأمر واحد]

قال ابن سماعة عن محمد في رجل قال: عبدي حر إن دخلت هذه الدار

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

دخلة إلا أن يأمرني فلان، فأمره فلانٌ فإنه لا يحنث إن دخل هذه الدخلة ولا بعدها، وقد سقطت اليمين وهذا على أمر واحد لما بينا أن (إلا أن) غاية، فإذا وجد الأمر انحلت اليمين.

قال: ولو قال: إن دخلت هذه الدار دخلة (إلا أن) يأمرني بها فلان، فأمره فدخل ثم دخل بعد ذلك بغير أمره، فإنه يحنث؛ وذلك لأنه أضاف الأمر إلى الدخول، فلا بد من أمر في كل دخلة.

قال هشام عن محمد: في رجل حلف لا تخرج امرأته إلا بعلمه، فأذن لها أن تخرج، فخرجت بعد ذلك وهو لا يعلم، قال: جائز؛ لأن قوله إلا بعلمي هو إلا بإذني؛ وذلك لأن الغرض أن لا تخرج بغير رضاه، فإذا أذن لها فخرجت وهو لا يعلم فقد وجد الرضا.

٢٢٠٤ـ فَصْل: [سقوط اليمين بزوال الحال]

قال: وإذا حلف رجل على زوجته أو مولىً على عبده أن لا يخرج من داره إلا بإذنه، أو سلطان حَلَّف رجلاً أن لا يخرج من كُوره إلا بإذنه، ثم بانتْ المرأة من الزوج، أو خرج العبد من [ملك المولى][1]، أو عزل السلطان من عمله، فكان الخروج بغير إذن من واحد منهم، فلا حنث على الحالف؛ لأن اليمين إنما هي على الحال التي يملك الحالف [أو المحلف] الإذن، فإذا زالت تلك الحالة سقطت اليمين؛ وذلك لأن غرض المُسْتَحْلِفِ أن لا يخرج من له عليه ولاية إلا بأمره، فإذا زالت الولاية زالت اليمين؛ لأنها مخصوصة بالعادة.

قال: فإن عادت المرأة إلى ملك الزوج، أو العبد إلى ملك مولاه، أو أعيد

(١) في ب (ملكه)، والمثبت من أ.




السلطان إلىٰ ولايته لم تعد اليمين ؛ وذلك لما بينا أنها مخصوصة ببقاء الولاية ، فإذا زالت الولاية زالت اليمين فلا تعود إلا بحلف.

قال: وكذلك الغريم إذا حلف المطلوب أن لا يخرج من بلده إلا بإذنه ، فهو كذلك ما دام له عليه الدين ، فإذا قضاه أو أبرأه الطالب سقطت اليمين ، فإن عاد عليه ذلك الدين أو غيره ، لم تعد اليمين علىٰ ما بينا أن غرض المستحلف أن لا يخرج لأجل ذلك الدين الذي له عليه ، فإذا سقط الدين زالت اليمين فلا تعود إلا بيمين مستأنفة.

وعلىٰ هذا قالوا في عامل استحلف رجلاً ليرفعنّ إليه كل [٢٤٥/ب] من علم به من فاسق أو داعر[1] أو سارق في محلته ، ولم يعلم شيئًا من ذلك حتىٰ عزل العامل عن عمله ، ثم علم ، فليس عليه أن يرفعه وقد خرج من يمينه وبطلت عنه ، فإن عاد العامل عاملاً بعد عزله ، لم يكن عليه أيضاً أن يرفع ذلك إليه ، وقد بطلت اليمين أعيد بعد ذلك أو لم يعد ؛ وذلك لأن غرض العامل أن يرفع إليه ما دام والياً[2] ، فإذا زالت الولاية ارتفعت اليمين ، ولو أن المستحلف علم ببعض ما استحلفه عليه فأخَّر رفع ذلك حتىٰ عزل العامل ، حنث في يمينه ولم ينفعه رفع ذلك إليه بعد عزله ؛ لأنه دخل في اليمين وفات شرط البَرّ ، قال محمد في الزيادات: إلا أن ([ينوي][3] أن يرفعهم إليه)[4] علىٰ كل حال في السلطان

(١) «الداعر: هو الخبيث المفسد» ، والدعارة أيضًا في الخُلُق: بمعنىٰ الشراسة. انظر: المغرب ، المصباح (دعر).

(٢) في أ (عاملاً).

(٣) في أ (أن يرفع إليهم).

(٤) في ب (يعني) ، والمثبت من أ.

وغيره، فأُدَيِّنُه فيما بينه وبين الله تعالىٰ وفي القضاء؛ وذلك لأنه نوىٰ عموم الكلام، والعموم أحد الظاهرين فإذا نواه صُدِّق فيه. وقال محمد في الزيادات: إذا حلف أن لا تخرج امرأته من هذه الدار ولا عبده، فبانت منه المرأة أو خرج العبد عن ملكه، ثم وجد الخروج حنث؛ لأنه لم يضف الأمر في ذلك إلىٰ إذنه فبقي اللفظ علىٰ عمومه.

قال: فإن عنىٰ ما دامت امرأته؛ ديّنته فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولا أدينه في القضاء؛ لأنه نوىٰ تخصيص كلامه.

قال: وكذلك من طولب بحق فحلف ألا يخرج من داره [إلا بإذن مطالبه][1] حنث بالخروج، زال ذلك الحق أو لم يزل علىٰ ما بيّنت لك في الزوج؛ وذلك لأنه أطلق الخروج ولم يعلقه بالإذن [فهو عامٌّ][2] (فكان علىٰ ما قال)، فإذا أرادت المرأة أن تخرج وقد أخذت في ذلك أو العبد، أو أراد الرجل أن يضرب عبده وقد نهض لذلك فقال [الرجل]: أنت طالق إن خرجت، أو قال المولىٰ: أنت حر إن خرجتَ، أو قال [الرجل: الضارب][3] عبدي حر إن ضربته فكفوا عن ذلك؛ فقد سقطت اليمين، فإن خرج المحلوف عليه بعد ذلك أو ضرب الرجل عبده، لم يحنث الحالف؛ وذلك لأن الغرض من هذه اليمين في العادة المنع من الخروج في الحال، ومن الضرب في الحال فوقعت مخصوصة بالعادة فإذا انقضت الحال زالت اليمين، فلا يحنث بالخروج بعد ذلك.

---

(١) في ب (طالبه)، والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في ب (رجل للضارب) والمثبت من أ.

بَابٌ [آخَر]
[الشرط يدخل عليه الفعل فيكون صفة له]

قال الشيخ رحمه الله: ومما لم يذكر أبو الحسن في المختصر الشرط يدخل عليه الفعل فيكون صفة له، قال بشر عن أبي يوسف في رجل قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار ولم [٢٤٦/أ] تعطني ثوب كذا فأنت طالق، فدخلت الدار ثم أعطته الثوب بعد ذلك، فإن الطلاق يقع عليها، ولو كانت أعطته الثوب قبل أن تدخل لم يقع عليها؛ وذلك لأنه طلقها عند وجود الشرط إلا أن تكون على صفة وهي إعطاء الثوب، فصار كقوله: إن دخلت الدار وأنت راكبة فأنت طالق، فدخلتها ماشية أنها لا تكون طالقاً، كذلك لما دخلت في مسألتنا فقد وصفت بإعطاء الثوب، فأما إذا أعطته بعد الدخول فهو كما لو دخلت راكبة ثم نزلت بعد ذلك[1].

قال: ولو قال: إن خرجت ولم تأكلي، أو خرجت وليس عليك إزار، وإن دخلتِ ولم تختمري فإن خَرَجَتْ ولم تفعل طلقت، وإن خرجت بعد الفعل لم تطلق، (لما بينا أن المعتبر وجود الصفة عند الخروج.

ولو قال لها: إن لم تعطني هذا الثوب ودخلتِ هذه الدار فأنت طالق، ولا نية له، فإن الطلاق لا يقع عليها حتى يجتمع الأمران جميعاً، منع الثوب إلى أن يموت أحدهما) أو يحترق الثوب وتدخل الدار، فإذا اجتمع هذان وقع الطلاق، وإن لم يجتمعا على هذا الوجه المختلف لم يقع الطلاق)[2]؛ وذلك لأنه جعل

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣٠٥/٢؛ أصول السرخسي ٢٥٧/١.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

الشرط ترك العطية والدخول، ولا يعلم الترك حتى يتعذر بموت أحدهما أو بهلاك الثوب، فإذا تعذر ودخلت فقد اجتمع الشرطان فيحنث.

ولو قال: والله لا تدخلين هذه الدار أبداً ولا تعطيني هذا الثوب، فأيهما فعلت حنث؛ وذلك لأن حرف (لا) إذا دخل بين [نفيين][1] تناول كل واحد منهما على الانفراد، قال الله تعالى: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧].

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: لو أن رجلاً قال: والله لا أشتري بهذا الدرهم إلا ثلاثة أرطال لحماً، فاشترى ببعض الدرهم لحماً أقل من ثلاثة أرطال وببقيته غير لحم، حنث؛ لأنه حلف على كل شراء، واستثنى شراء بصفة: وهو أن يشتري ثلاثة أرطال، فما سوى الاستثناء داخل في اليمين، فيحنث به.

ولو قال: والله لا أشتري بهذا الدرهم إلا لحماً فلا يحنث حتى يشتري بالدرهم كله غير لحم؛ لأنه حلف على كل شراء يكون بجميع الدرهم إلا أن يكون لحماً، فإذا اشترى ببعض الدرهم غير اللحم، لم يدخل في اليمين، فلا يحنث.

قال: ولو قال لرجلين: والله لا تبيتان إلا في هذا البيت، فبات أحدهما فيه والآخر في غيره، لم يحنث؛ لأنه شرط الحنث أن [لا] يبيتا في غيره، فقد وجد بعض [٢٤٦/ب] الشرط، ولو قال: والله لا تبيتان إلا في بيت، فبات أحدهما في بيت والآخر في بيت آخر، حنث من قبل أنهما لم يبيتا [جميعًا] في بيت واحد؛ وذلك لأنه حلف على كل مبيت واستثنى مبيتاً بصفة وهو أن يجتمعا في بيت،

---

(١) في ب (شيئين)، والمثبت من أ.

فإذا تفرقا في بيتين حنث.

وقال محمد في جامع الكبير في رجل قال: إن كنت ضربت هذين الرجلين[1] إلا في دار فلان فعبدي حر، وقد ضرب واحداً منهما في دار فلان، وواحداً في غيرها، فإنه لا يحنث؛ لأن شرط الحنث [هو] أن يوجد ضربهما في غير داره، ولو قال: إن لم أكن ضربته هذين السوطين في دار فلان فعبدي حر، والمسألة على حالها حنث؛ لأن شرط البر أن يجتمع السوطان في دار فلان، فإذا لم يجتمعا حنث.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال: والله لا أشتري بهذا الدرهم غير لحم فاشترى بنصفه لحماً وبنصفه خبزاً، فإنه لا يحنث في القياس؛ لأن شرط الحنث [هو] أن يشتري بجميعه غير اللحم.

قال: وفي الاستحسان: يحنث؛ [وذلك] لأن العادة أنهم يريدون بهذا الشراء بجميع الدرهم اللحم، فحملت[2] يمينه على عادة الناس.

قال: [فإن] نوى أن يشتري به كله غير اللحم لم يكن حانثاً، ودُيِّن في القضاء؛ لأنه نوى ظاهر كلامه.

٢٢٠٥ ـ فَصْل: في التخيير بين يمينين أو بين إيقاع ويمين

قال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف: فيمن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً أو والله لأضربن هذا الخادم اليوم، فضرب الخادم من يومه فقد برَّ في يمينه وبطل

(١) في (السوطين).

(٢) في أ (فحمل اليمين).

الطلاق ؛ لأنه خَيَّر نفسه بين الطلاق وبين الضرب في اليوم ، فإذا وجد أحدهما انتفىٰ الآخر .

قال: فإن مضىٰ اليوم قبل أن يضرب الخادم فقد حنث ، ويخيّر: فإن شاء أوقع الطلاق ، وإن شاء ألزم نفسه اليمين ؛ وذلك لأنه حنث في أحد الأمرين وهو الحالف ، فكان التعيين إليه ، فإن قال في اليوم قبل مضيه: قد اخترت أن أوقع الطلاق ، لزمه وبطلت اليمين ؛ لأنه خير نفسه بين الإيقاع واليمين ، فإذا أوقع سقطت اليمين ، ولو قال: قد اخترت التزام اليمين وأبطلت الطلاق ، فإن الطلاق لا يبطل ، فإن مضىٰ اليوم قبل أن يضرب حنث في يمينه ؛ وذلك لأن اليمين لا تجب علىٰ الإنسان بالالتزام ، فلم يتعين بالاختيار ، فبقيت [٢٤٧/أ] اليمين علىٰ حالها ، ولو قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً أو والله لأضربن فلانة ، فماتت فلانة قبل أن يضربها فقد حنث في يمينه ، وهو مخير: إن شاء ألزم نفسه الطلاق ، وإن شاء الكفارة ؛ لأن شرط البر فات بموتها ، فحنث في إحدىٰ اليمينين .

قال: ولو كان الرجل: هو الميت والمحلوف علىٰ ضربها حية ، فقد وقع الحنث علىٰ الرجل أو الطلاق ، وقد مات قبل أن يبين فلا يقع الطلاق عليها ولها الميراث ؛ من قِبَلِ أن التخيير في هذه المسائل ليس بتخيير الحكم إنما هو تخيير الورع ، ولو قال: أختار ولا أخيِّرك ، وهو حي لم أجبره علىٰ ذلك وخلَّيته وامرأته ؛ وذلك لأنه لما كان مخيراً بين الطلاق والتزام الكفارة لم يجز إيقاع الطلاق بالشك ، ومعنىٰ قول أبي يوسف: أن هذا ليس باختيار حكم ؛ فلأنه يسقطه عن نفسه باختياره الكفارة وهي معنىٰ يلزمه فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، فلو كان بدل الكفارة طلاق أخرىٰ ، فقال: أنت طالق ثلاثاً ، أو هذه ، فهو تخيير حكم ، يجبره




الحاكم علىٰ أن يبيِّن ؛ لأنه لا يقدر علىٰ إسقاط ذلك عن نفسه بأمر بينه وبين الله تعالىٰ ، وعلىٰ هذا قالوا فيمن قال: أنت طالق ، أو عليّ حجة ، لم يجبره الحاكم علىٰ الخيار ، إنما يفتي فتوىٰ في الورع أن يوقع أيهما شاء ويبطل الآخر.

قالوا: فإن قال: أنت طالق ثلاثاً ، أو فلانة عَلَيَّ حرام ـ يعني اليمين ـ فإنه يخيّر بتخيير الفتوىٰ ؛ لما بينا أنه يسقط ذلك عن نفسه بالكفارة ، فإن مضت أربعة أشهر قبل أن يقرب ، خيّر بتخيير حكم يقال له: أوقع طلاق الإيلاء علىٰ التي حرمتها ، أو طلاق الكلام علىٰ التي تكلمت بطلاقها ؛ وذلك لأن الطلاق لا بد أن يقع علىٰ إحداهما ، فيخيّر فيها بتخيير الحكم.

وقال محمد في الجامع [الكبير]: إذا قال: والله لا أدخل هذه الدار أو لا أدخل هذه [الدار] ، فإن دخل إحداهما حنث[1] ؛ لأن (أو) إذا دخلت بين (شيئين)[2] تناولت كل واحد علىٰ الإنفراد ، قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤] ولو قال: والله لا أدخل هذه الدار أبداً أو لأدخُلَنَّ هذه الدار الأخرىٰ اليوم ، فإن دخل الأولىٰ حنث وإن لم يدخلها ولم يدخل الأخرىٰ حتىٰ مضىٰ اليوم حنث ؛ وذلك لأنه خير نفسه في يمينين[3] [٢٤٧/ب] أن لا يدخل الدار الأولىٰ أو يدخل الأخرىٰ في اليوم ، فإن دخل الأخرىٰ في اليوم برَّ في يمينه ، وإن مضىٰ اليوم حنث في إحدىٰ اليمينين.

قال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمداً قال في رجل قال: عبده حر إن

---

(١) انظر: الجامع الكبير ص٣٦.
(٢) في أ (نفيين).
(٣) في أ (اليمين).

لم يدخل [هذه الدار اليوم، فإن لم يدخلها اليوم دخل هذه][1]، قال محمد: ليس هذه بالاستثناء واليمين على حالها، ولا أبالي وَصْل هذا الكلام أو فَصْله[2]، فإن لم يدخل الدار الأولى اليوم حنث؛ وذلك لأن قوله فإن لم يدخلها ليس بلفظ تخيير، فبقيت اليمين الأولى بحالها.

٢٢٠٦- فَصل: في الشروط تكون على الفور أو يتأخر

قال ابن سماعة: سمعت محمداً يقول في رجل قال: إن ضربتني ولم أضربك وما أشبه ذلك فهذا على الفور، قال: وقوله: (ولم) [يكون] على وجهين: على قبل وعلى بعد، فإذا كانت على بعد فهو على الفور، فلو قال: إن كلمتني ولم أجبك فهذا على بعد، وهو على الفور، فإن قال: إن ضربتني ولم أضربك، فهو عندنا على أن يضرب الحالف قبل أن يضرب المحلوف عليه، فإن أراد به بعد ونوى ذلك، فهو على الفور.

وجملة هذا: أن هذه اللفظة قد تدخل على الفعل الماضي [و] على المستقبل، ويتميز ذلك بمعاني كلام الناس ومقاصدهم، فإذا كان اللفظ محتملاً عملت فيه النية، فإذا قال: إن ضربتني ولم أضربك، فالظاهر عند محمد: أنه للماضي، فكأنه قال: إن ضربتني بغير مجازاة ويحتمل المستقبل، فإذا نواه حمل عليه، وأما قوله: إن كلمتني ولم أجبك، فهذا على المستقبل؛ لأن الجواب لا يصح إلا[3] بتقدم الكلام، فأما الفور الذي ذكره فقد اعتبروا فيه العادة [أيضًا]،

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، والمثبت من أ.

(٢) في أ (أو لم يصله).

(٣) في أ (أن يتقدم).



فما كانت العادة[1] فيه الفور، حملوه عليه، والجواب: إنما يكون على الفور، والضرب إذا جازى به الضرب، فإنما يراد به الفور.

وقال مُعَلَّى عن محمد فيمن قال: كل جارية يشتريها[2] فلا يطؤها فهي حرة، قال: هذا أن يطأها ساعة يشتريها، فإن لم يفعل فهي حرة؛ وذلك لأن الفاء تقتضي التعقيب، ولو كان [مكان (فلا)][3] فإن لم أطأها، فهذا على ما بينه وبين الموت، فمتى وطئها برَّ؛ لأن (إن) شرط فلا يقتضي التعجيل.

قال هشام عن أبي يوسف: فإن قال لغلامه: إن [لم][4] تأتني حتى أضربك فأنت حر، فجاءه في ساعته فلم يضربه قال: متى ما ضربه فإنه يبر في يمينه ولا يعتق إلا أن ينوي ساعة أمره بذلك؛ لما بَيَّنَّا أن لفظة (إن) شرط فلا يقتضي التعجيل [٢٤٨/أ] إذا لم يكن في الكلام ما يدل عليه.

[وقال هشام عن محمد]: ولو قال: إن لم أشتر اليوم عبداً فأعتقه فعليّ كذا، فاشترى عبداً فوهبه ثم اشترى آخر فأعتقه، قال محمد: إنما وقعت يمينه على العبد الأول، فإذا أمسى[5] ولم يعتقه حنث، وذلك لأن تقدير كلامه: إن اشتريت عبداً فعلي عتقه فإن لم أعتقه فعلي حجة، وهذا قد استحقه الأول فلم يدخل الثاني في اليمين.

قال هشام عن محمد فيمن قال لآخر: إن مت ولم أضربك فكُلُّ مملوك لي

---

(١) في أ (الغالب).

(٢) في أ (اشتريها لا أطأُها).

(٣) في ب (كان الفاء)، والمثبت من أ.

(٤) في ب (إن تأتني)، والمثبت من أ، وهكذا في البدائع، ١٣/٣.

(٥) في أ (اشترى).



حُرٌّ، فمات الحالف ولم يضربه، قال محمد: لا يُعْتَقُون؛ لأن شرط الحنث إنما يكون بوجود الموت، ولا ملك له في ذلك الوقت، [فلا يعتقون].

قال محمد: ولو قال: إن لم أضربك فكل مملوك لي حر، فإن هذا لا يحنث حتىٰ يخرج نفسه، فيحنث قبل خروج نفسه فيعتقون؛ لأن الشرط هاهنا ترك الضرب وقد علمنا فواته في هذه الحالة، [وكذلك] لو قال: إن لم أدخل هذه الدار حتىٰ أموت فغلامي حر، فلم يدخلها حتىٰ مات، لم يعتق.

وكذلك قال محمد فيمن قال: إن لم أضربك فيما بيني وبين أن أموت فعبدي حر، فلم يضربه حتىٰ مات، قال: لا يعتق عبده، ولو قال: إن لم أضربك فعبدي حر، فلم يضربه حتىٰ مات، عتق العبد قبل أن يموت، قال: لأن في الأول حنث بعد الموت [والثاني قبل الموت].

وقال محمد في الزيادات: فيمن قال لرجل امرأته طالق إن لم تخبر فلاناً بما صنعت حتىٰ يضربك أو قال: إن لم آتك حتىٰ [تغديني][1]، أو إن لم أضربك حتىٰ تضربني، فضربه الحالف أو أخبر الحالف فلاناً، أو أتاه فلم يفعل المحلوف عليه شيئاً مما شرط أن يفعله حتىٰ مات، فإنه [يحنث][2]؛ وذلك لأنه عقد يمينه علىٰ الخبر والإتيان للغد أو الضرب، وقد وجد ذلك، وما يتوقع من جهة الآخر [ليس بمحلوف عليه][3]، وإنما بيّن أن عوضه في فعله.

قال: ولو قال لغريم له: امرأته طالق إن لم يلزمه حتىٰ يقضيه ما له،

(١) في أ (إن لم يأتك حتىٰ تغديه)، وفي ب (تغديني) والمثبت كما في ب والبدائع، ١٤/٣.
(٢) في النسختين (لا يحنث) والمثبت يدل عليه السياق، وكذا في البدائع.
(٣) في ب (ليتبيّن هو لمحلوف)، ١٤/٣.

[فلازمه][1] ثم تركه قبل أن يقضيه، فإنه حانث؛ وذلك لأنه جعل القضاء غاية لليمين، فإذا فارقه قبله وجد شرط الحنث فحنث.

قال: ولو قال عبده حر إن لم يضربك حتىٰ يدخل الليل، أو حتىٰ يشفع لك فلان، أو حتىٰ تشتكي يَدِي[2] فإن أقلع عن الفعل الأول قبل الثاني حنث؛ لأنه ترك الضرب قبل الغاية، وفي الفعل الأول لم يجعل (حتىٰ) غاية، وإنما جعلها عوض الفعل.

ولو قال: امرأته طالق [٢٤٨/ب] إن [لم] آتك اليوم حتىٰ أتغدىٰ عندك، أو إن لم آتك حتىٰ أضربك، فأتاه فلم يضربه حتىٰ مضىٰ اليوم حنث؛ وذلك لأن الفعلين جميعاً هاهنا من الحالف، فانعقدت يمينه عليهما، وفي قوله: (حتىٰ) تُغدِّيني أحد الفعلين من غيره فكان [عوض][3] فعله، فلم يحنث بعدمه.

قال ابن سماعة عن محمد: إذا قال: إن ركبت دابتك فلم أعطك دابتي فعبدي حر، قال: هذا علىٰ الفور إذا ركب دابته، فينبغي له أن يعطيه دابة نفسه ساعتئذٍ.

وكذلك إن قال: إن دخلت دارك فلم أجلس فيها؛ وذلك لأن الفاء للتعقيب، فيقتضي وجود ما دخلت عليه عقيب الشرط.

(قال: ولو قال: إن رأيت فلاناً فلم آتك به فعبدي حر، فرآه أول ما رآه مع الرجل الذي قال له ذلك)[4]، قال: الحالف حانث الساعة؛ وذلك لأن يمينه علىٰ

---

(١) في ب (فلزمه)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (بين يدي فلان)، والمثبت كما في البدائع ٣/١٤.

(٣) في أ (غرض)، وفي ب (غرضه)، والمثبت من البدائع، ٣/١٤.

(٤) في أ (إلىٰ جنب الذي قال له: إن رأيته فلم آتك به)، وفي البدائع مثل المثبت، ٣/١٤.



أول رؤية، ومستحيل أن يأتيه بمن هو معه [جالس].

وقد كان يجب أن لا يحنث عند أبي حنيفة ومحمد، كما قالا فيمن قال: إن رأيتُ فلاناً فلم أعلمك بذلك فعبدي حر، فرآه أول ما رآه مع الرجل الذي قال له ذلك، لم يحنث عندهما؛ لأن العلم يستحيل فيمن قد علمه، فكذلك الإتيان [يستحيل فيمن هو معه، فيصير كمن قال: لأشربنَّ الماء الذي في هذا الكوز، ولا ماء فيه].

قال: ولو أن رجلاً قال: إن لقيتك فلم أُسَلِّم عليك، (فإن سلم ساعة يلقاه)[1] وإلا حنث، وكذلك إن استعرتُ دابتك فلم تعرني، قال: لأن هذا جواب إنما هذا على (لم) المجازاة يدًا بيد، وليس هذا مثل قوله: إن دخلت الدار فإن لم[2] أكلم فلاناً، فهذا متى ما كلمه برَّ.

قال: وقد يجيء في ذلك أمور تشتبه بكون (فإن لم) مثل (فلم)، [فحمل][3] ذلك على [مُعْظَم][4] معاني كلام الناس[5].

ولو أن رجلاً قال: إن أتيتني فلم آتك، أو إن زرتني فلم أزرك، أو أكرمتني فلم أكرمك، فهذا على الأبد، وهو في هذا الوجه مثل (فإن لم)؛ وذلك لأن الزيادة لا تتعقب الزيادة في الغالب، فالمقصود منها وجود الفعل.

---

(١) في أ (فالسلام ساعة يلقاه).

(٢) في أ (فلم أكلم).

(٣) في ب (فاحمل)، والمثبت من أ.

(٤) في النسختين (عظم)، والمثبت بحسب السياق.

(٥) انظر: البدائع ٣/٣٥، ٥٧.



قال: فإن قال: إن أتيتني فلم آتك فهو على وجهين: قد يكون إن لم آتك قبل إتيانك، وقد يكون بعد [إتيانك]، وقد يجيء من ذلك أمر بيّن يعرف أنه قبل، وأمر بيّن يعرف أنه بعد، وحال مشتبهة تحتمل الأمرين، فإن كان في ذلك معاني كلام الناس فهو على [معظم][1] ذلك، فإن لم يكن في ذلك معنى يستدل به فهو على ما نوى، وهو على قبل وبعد، أيّ ذلك فعل إن لم يكن له نية أجزأ هذا في المشتبه الذي لا يعرف [٢٤٩/أ] فيه معنى، فأما الذي يعرف أنه قبل، أو أنه بعد، فهو على [الذي] يعرف في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى إذا لم تكن له [نية، فإن نوى خلاف ما يعرف، لم يدُيَّن في الحكم، وديّن فيما بينه وبين الله تعالى] وفسّرنا الظاهر منه قبل كقوله: إن خرجت من باب الدار ولم أضربك، وما ظاهره بعد كقوله: إن أعطيتني كذا ولم أكافئك بمثله، والمحتمل إذا قال: إن كلمتُك ولم تكلمني، فهذا يحتمل أن يكون قبل وبعد، فأيهما فعل ولم يكن للحالف نية برَّ، وإن نوى أحد الفعلين فهو على ما نوى، وإن كان قبل ذلك [فنطق]، فكان هذا جواباً له فهو على الجواب[2].

٢٢٠٧ـ فَصْل: [العطف على الشرط بأو]

وإن عطف على الشرط بـ(أو) فقال: عبده حر إن دخل هذه الدار أو هذه، فأيّ الدارين دخل عتق عبده.

وكذلك لو أخر الجزاء[3] فقال: إن دخلتُ هذه الدار أو هذه الدار فعبدي

(١) في النسختين (عظم)، والمثبت بحسب السياق.
(٢) انظر: بدائع الصنائع، ١٤/٣، ١٥.
(٣) في أ (الجواب).



حر ، وكذلك لو أعاد الفعل مع أو فقال: عبده حر إن دخل هذه [الدار] أو دخل هذه الدار ؛ وذلك لأن حرف أو إذا دخل بين نفيين يتناول كل واحد منهما على الانفراد ، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤] قال ابن سماعة: قال محمد: إذا قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار أو هذه الدار وإن دخلت هذه [الدار] فعبدي حر ، فإن اليمين على أن تدخل إحدى الأوليين ، وتدخل الثالثة ؛ فأيّ الأوليين دخلت ثم دخلت الثالثة حنث ؛ وذلك لأنه جمع الثالثة إلى إحدى الأوليين ، فكانتا شرطاً.





بَابُ
(في) إذا جعل ظرفاً

قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل لعبده أو لامرأته: أنت حر في كذا، أو أنت طالق في كذا، فإن كان ذلك الشيء الذي أوقع الطلاق فيه موجوداً وقع الطلاق والعتاق، كان العبد والمرأة فيه أولم يكونا، فإذا كان ذلك الشيء غير موجود، لم يقع شيء من ذلك حتى يوجد.

والأصل في هذا: أن (في) للظرف، فإما أن يدخل على ظرف أو على فعل، والظرف على ضربين: ظرف زمان وظرف مكان، فإن أدخلها على ظرف مكان وقع الطلاق في ذلك المكان وفي غيره، مثل أن يقول: أنت طالق في الدار، أو في مكة، فتطلق في سائر المواضع وإن لم تكن في الدار ولا في مكة؛ لأن الطلاق لا يختص بمكان دون مكان، فإذا أوقعه عليها في مكان وقع في سائر الأماكن.

وأما ظرف الزمان، فإن كان ماضياً وقع الطلاق في الحال مثل أن يقول: أنت طالق في أمس أو في العام الماضي؛ وذلك لأن الإنسان لا يملك إيقاع الطلاق [٢٤٩/ب] في زمان ماض إلا أنه وصفها في الحال بطلاق وقع عليها فيما مضى، وهي ممن توصف به في الحال [فيقع الطلاق][1] عليها.

وكذلك إن كان ظرف الزمان حاضراً، وقع في الحال مثل أن يقول: أنت طالق في هذا الوقت أو في هذه الساعة؛ لأن الطلاق قد وصفه بصفة موجودة

---

(١) في ب (فوقع)، والمثبت من أ.

فوقع، وإن كان الزمان مستقبلاً لم يقع عليها طلاق حتىٰ يأتي، كمن قال: أنت طالق في غد أو في[1] الشهر الآتي؛ لأن الطلاق يجوز أن يختص بوقت دون وقت، فإذا وصفه بزمان لم يقع قبله، وأما إذا أدخل حرف الظرف علىٰ الفعل صار شرطاً كقوله: أنت طالق في دخولك الدار وفي قيامك؛ لأن الفعل لا يكون ظرفاً، وهذه الحروف التي هي الأدوات يقوم بعضها مقام بعض، فكأنَّه قال: أنت طالق مع قيامك ومع دخولك، قال الله تعالىٰ: ﴿فَٱدْخُلِى فِى عِبَـٰدِى﴾ [الفجر: ٢٩] أي: مع عبادي.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا قال لها: أنت طالق في ذهابك إلىٰ مكة، فهذا علىٰ الذهاب؛ لأنه أدخل (في) علىٰ فعل فصار شرطاً، وكذلك بذهابك؛ لأن[2] الباء للإلصاق، فاقتضت إلصاق الطلاق بالفعل.

ولو قال: أنت طالق في الشمس، وهي في الظل كانت طالقاً مكانها؛ لأن الشمس ليس بفعل فيكون شرطاً، فأما أن يقول ليست بمكان، فتكون ظرفاً فلغا ذكرها، أو يقول المراد به: في مكان الشمس، والمُطَلَّقَة في مكان مُطَلَّقَةٌ في كل مكان.

ولو قال: أنت طالق في صومك، كانت طالقاً حتىٰ يطلع الفجر؛ وذلك لأن الصوم فعل فصار شرطاً، وهو عبارة عن الإمساك مع النية في زمان مخصوص من شخص مخصوص، وهذا المعنىٰ موجود في الجزء الأول، فوجد [به] الشرط.

قال: ولو قال: في صلاتك، لم تطلق حتىٰ تركع وتسجد سجدة؛ لأن

(١) في أ (في شهر كذا).

(٢) في أ (لأنه قرنه بالباء، والباء للإلصاق).

الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة، فما لم يوجد جنسها لم تستحق الاسم، فلا يقع الطلاق.

قال: ولو قال لها: في حيضك أو في طهرك، فإن كان موجوداً وقع وإلّا لم يقع؛ وذلك لأن الحيض والطهر فعل الله تعالىٰ، والطلاق إذا عَلَّقَه بفعل الله تعالىٰ توقف علىٰ وجوده.

ونظير مسائل الباب ما قال محمد في الجامع: إذا قال: أنت طالق في ثلاثة أيام، طلقت حين تكلَّم[1]؛ وذلك لأنه جعل الأيام ظرفاً ولا يمكن أن يكون كلها ظرفاً للإيقاع، فصار [الظرف جزءًا] منها، وقد وجد عقيب كلامه.

قال: ولو قال في مجيء ثلاثة أيام، وقال ذلك عند [٢٥٠/أ] طلوع الشمس، لم يحتسب بهذا اليوم، فإذا طلع الفجر من اليوم الرابع منذ يوم حلف طلقت؛ وذلك لأنه عَلَّق الطلاق بمجيء الأيام الثلاثة، وذلك لا يوجد إلا بمجيء كل واحد منها، ومجيء اليوم يكون بطلوع الفجر.

ولو قال في مُضِيِّ ثلاثة أيام؛ لم تطلق حتىٰ يكون مثل تلك الساعة في اليوم الرابع، وكذلك مُضيِّ يوم، وكذلك الحلف بالليل حتىٰ يمضي ثلاثة أيام ولياليها إلىٰ الساعة التي حلف؛ وذلك لأن مضي الأيام عبارة عن انسلاخها، فإذا كان مثل تلك الساعة من اليوم الرابع، فقد تمت ثلاثة أيام[2] فوقع الطلاق.

وقال محمد في الجامع: إذا قال إن شتمتك في المسجد فعبدي حر، فإنه

---

(١) نقلها الكاساني عن محمد في البدائع ٢٦/٣.

(٢) في أ (تمت يمينه).

يحنث إذا كان الشاتم في المسجد، كان المشتوم في المسجد أو لم يكن، فإن قال: إن ضربتك[1] [في المسجد]، فمتىٰ كان المفعول به في المسجد حنث وإلا لم يحنث؛ وذلك لأن الشتم[2] طريقه طريق الأقوال فهو غير متصل بالمفعول، فاعتبر وجود الشاتم في المسجد، فأمّا القتل والضرب فهو عبارة عن وقوع الفعل بالمفعول، فإن كان في المسجد تناوله الاسم وإلا فلا[3].

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف إن قال: والله لا أدل علىٰ صيد في الحرم فدل عليه، والدال خارج الحرم والصيد في الحرم فهو حانث؛ وذلك لأن الامتناع في الدلالة لحرمة الصيد؛ وذلك لا يكون إلا في صيد الحرم.



(١) في أ (لأضربنك).

(٢) في أ (اسم الشتم).

(٣) انظر: الجامع الكبير ص٣٢.

بَابُ
الشرط يحلف به فلا يتعلق اليمين بلفظه ويتعلق على معنى الكلام المقصود إليه

قال معلى: سألت[١] محمداً عن رجل حلف بطلاق امرأته ليضربنها حتى يقتلها، أو قال: حتى ترفع ميتة ولا نية له، قال: إذا [ضربها] ضربًا شديداً كأشد الضرب برَّ في يمينه؛ وذلك لأن العادة [قد جرت] أنهم يريدون بهذا القول شدة الضرب دون الموت، ومن حكم الأيمان أن تحمل على العادة دون الحقائق[٢]، ألا ترى أن العادة عرف طارئ على اللغة، فوجب حمل اللفظ عليه، وقد قال الشافعي: إن الأيمان محمولة على الحقائق، وهذا ليس بصحيح لما بينا: أن العرف اصطلاح حادث، فالظاهر أن المتكلم يقصد بكلامه ذلك، يبين هذا أن الغريم يقول لغريمه إذا اقتضاه: والله لأجرَّنَّك على الشوك.

إنما يعني بذلك: شدة المطل، ولا يقول أحد إنه يحمل على الحقيقة لوجود العرف بخلافها.

وقد قال مالك: إن الأيمان محمولة على ألفاظ القرآن.

وهذا [٢٥٠/ب] ليس بصحيح؛ لأن من حلف لا يجلس في سراج، فجلس في الشمس لم يحنث، وإن كان الله تعالى سماها في القرآن سراجاً[٣]، ولو حلف

---

(١) في أ (سمعت).

(٢) في أ (المعاني).

(٣) ﴿وَجَعَلَ ٱلْقَمَرَ فِيهِنَّ نُورًا وَجَعَلَ ٱلشَّمْسَ سِرَاجًا﴾ [نوح: ١٦].

لا يجلس على بساط فجلس على الأرض لم يحنث، وإن كان الله تعالى سماها [في القرآن] بساطاً[(١)]، ولو حلف لا يمس وتداً فمسَّ جبلاً لم يحنث، وإن كان الله تعالى سمّى الجبال أوتاداً[(٢)].

وقال محمد: فإن حلف ليضربنها حتى يغشى عليها، أو [حتى] تبول، (فما لم يوجد ذلك لم يبر في يمينه)[(٣)]؛ وذلك لأن هذا المعنى يحدث عند الضرب في الغالب، وقد جعله غاية، فما لم يوجد لم يبر في يمينه، وليس كذلك الموت والقتل؛ لأنه لا يقصد بالضرب غالباً، فإذا قصده الحالف لم يذكر الضرب وذكر القتل؛ فلهذا لم يعتبر وجوده.

قال: ولو حلف ليضربن غلامه في كل حق وباطل، [ولا نية له] فمعنى ذلك: أن يضربه كلما شكى [إليه] بحق أو بباطل، [فإن لم يفعل فهو حانث] ولا يكون الضرب في هذا عند[(٤)] الشكاية إلا أن يعني ذلك، وإن لم يعن ذلك لم يحنث حتى يموت العبد أو المولى؛ وذلك لما بينا أن اليمين محمولة على العرف، ومعلوم أنه [لو] أراد ضربه عند كل حق وباطل، لزمه ضربه أبداً؛ لأنه لا يخلو من فعل حق أو باطل، وهذا غير مراد باليمين[(٥)] فحملت على الشكاية للعرف.

فأما قوله: إن الضرب لا يحمل على الفور؛ لأن اليمين إذا وقعت على

---

(١) ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ بِسَاطًا﴾ [نوح: ١٩].

(٢) ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ ٱلْأَرْضَ مِهَٰدًا ۝ وَٱلْجِبَالَ أَوْتَادًا﴾ [النبأ: ٦ ـ ٧].

(٣) في أ (قال هذا لا يبرّ في يمينه حتى يضربها فيغشى عليها أو تبول).

(٤) في أ (إلا عند).

(٥)

الفعل لم [تختص][1] بزمان دون زمان، فما دام يرجو [شرط البرِّ] لم يحنث إلا أن يعني الحال، فيكون قد شدد على نفسه.

قال: فإن شكى إليه فضربه ثم شكى في ذلك الشيء مرة أخرى، والمولى يعلم أنه في ذلك الشيء أو لا يعلم فذلك سواء، وليس عليه أن يضربه للشكاية [الثانية]؛ لأنه قد ضربه فيها مرة؛ وذلك لأن اليمين لما اقتضت الضرب عند الشكاية لم تتعلق بالفعل الواحد الذي وقعت الشكاية عنه أكثر من [ضرب] واحدٍ، كما لو قال: إن أخبرتني بكذا فلك درهم، فأخبره به مرة بعد مرة، لم يجب إلا درهم واحد.

٢٢٠٨ ـ فَصْل: [ما يُراد به التشديد لا التكرار]

قال معلى: سألت[2] محمداً عن رجل حلف ليقتلن فلاناً ألف مرة، فقتله ثم قال: إنما نويت أن آتي على نفسه بالقتل، قال: أدينه في القضاء؛ وذلك لأن العادة [جرت] أنهم يريدون بهذا تشديد القتل ولا يريدون تكراره، والمعتبر في اليمين العادة.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: إن لم أضربك حتى أتركك لا حية ولا ميتة، فهذا على أن يضربها ضرباً يوجعها فإذا [٢٥١/أ] فعل ذلك فقد بَرَّ؛ وذلك لأن المراد بهذا اللفظ أنه يتركها لا حية سليمة ولا ميتة، وهذا يكون في الضرب الشديد.

وقال محمد فيمن حلف بالطلاق: لقد سمع فلاناً يطلق امرأته ألف مرة،

---

(١) في ب (يخصص)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (سمعت محمداً في رجل).



وقد سمعه طلقها ثلاثاً ، فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالىٰ ؛ لأن حكم الثلاث حكم الألف في الإيقاع [والتحريم] ، ولو قال: امرأته طالق إن لم يكن لقي فلاناً ألف مرة ، وقد لقيه مراراً كثيرة إلا أن ذلك لا يكون ألف مرة ، وإنما أراد كثرة اللقاء ولم يرد العدد ، فإنّي أدينه ؛ لأن هذا يذكر في العادة علىٰ طريق التكثير دون العدد المحصور .



بَابُ
الرجل يحلف فيخرج من يمينه بنيته بعض ما حلف عليه بصفة أو جنس

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في هذا الباب: أن من ذكر لفظاً عاماً ونوىٰ تخصيص ما في لفظه، صُدِّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ ولم يصدق في القضاء؛ وذلك لأن المتكلم بالعموم قد نوىٰ[1] به الخصوص، فإذا نوىٰ ذلك صارت النية دلالة علىٰ التخصيص، كالدلالة الشرعية علىٰ تخصيص العموم، إلا أنه لا يصدق في القضاء؛ لأن الظاهر من اللفظ العموم، فإذا نوىٰ غير الظاهر لم يصدق، فأما إذا نوىٰ تخصيص ما ليس في لفظه فلا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأن الخصوص يتبع الألفاظ دون المعاني، فما ليس له لفظ[2] لا يصح تخصيصه، [ومتىٰ ما][3] نوىٰ حقيقة كلامه صدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالىٰ، وإن كان ذلك خلاف الظاهر؛ لأن الحقيقة أحد الظاهرين فإذا نواها صُدّق فيها.

قال هشام عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في رجل قال: إن أكلت فعبدي حر، وهو ينوي طعاماً بعينه فأكل غيره، فإن عبده يعتق [ولا يُدَيَّنُ] في القضاء [ولا] فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ وذلك لأن يمينه علىٰ الأكل، والمأكول ليس في لفظه، فقد نوىٰ ما ليس في لفظه فلم يصدق، وهذا يدل من قول أبي حنيفة أن

(١) في أ (يريد التخصيص).
(٢) في أ (ليس في لفظه).
(٣) في ب (وأمّا من) والمثبت من أ.

التخصيص في الأحوال والمعاني لا يصح، خلاف ما قاله أبو بكر الرازي.

قال: ولو قال إن أكلت طعاماً فعبدي حر، وقال: عنيت اللحم أو الخبز فأكل غيره، فإن أبا حنيفة قال: لا يصدق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وكذلك قال أبو يوسف إذا قال: والله، وهو قول محمد؛ وذلك لأنه خصص ما في لفظه فعملتْ نيّته [٢٥١/ب] فيما بينه وبين الله تعالىٰ ولم تعمل في القضاء؛ لأنه خصص العموم وذلك خلاف الظاهر.

قال أبو الحسن: وأصل هذا: أنه إذا ذكر الفعل ولم يذكر المفعول فيه، فنوىٰ بعض المفعول فيه دون بعض، لَمْ يُدَيَّنْ في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وإذا ذكر المفعول فيه في كلامه ثم قال: نويت بعضه دون بعض دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ ولم يدين في القضاء، وذلك علىٰ ما قدمنا.

قال أبو الحسن: فأما التخصيص في الصفة [فإنّ] بشراً حكىٰ عن أبي يوسف في رجل قال: والله لا أكلم هذا الرجل وهو قائم، يعني: ما دام قائماً ولم يتكلم بالقيام، كانت نيته باطلة، وحنث إن كلمه؛ وذلك لأنه نوىٰ تخصيص الحال وذلك ليس في لفظه، ولو حلف لا يكلم هذا القائم يعني ما دام قائماً، وسعه فيما بينه وبين الله؛ لأنه خصص ما في لفظه، وكذلك إذا قال: والله لأضربن فلاناً خمسين، وهو ينوي بسوط بعينه فبأي[1] [سوط ضربه خمسين]، فقد خرج من يمينه والنية باطلة؛ وذلك لأنه نوىٰ تخصيص ما لا لفظ له.

ونظير هذا ما حكىٰ ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل حلف: والله لا يتزوج امرأة، وهو ينوي كوفية أو امرأة بصرية، قال: ليس في هذا نية فيما بينه

---

(١) في أ (كل).

وبين الله تعالىٰ ولا في القضاء، ولو قال: والله لا أتزوج [امرأة]، يعني امرأة كان أبوها يعمل كذا وكذا، فهذا كله لا يجوز فيه النية، ولو قال: لا أتزوج امرأة، يعني [امرأة] عربية أو حبشية، قال: هذا جائز هذا جنس قد نواه؛ وذلك لأن صفة المرأة ليس في لفظه فلا يعمل تخصيصه فيها، فأما الجنس فقوله: لا أتزوج امرأة يعني لكل امرأة، فيعمل نيته في جنس دون جنس[1].

وقال ابن سماعة عن محمد في رجل قال: والله لا أتزوج امراة علىٰ ظهر الأرض، ينوي امرأة بعينها، قال: يصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه يحتمل أن يريد بهذا امرأة موصوفة بصفة، فلا يكون اللفظ عاماً فيرجع إلىٰ نيته في التخصيص.

قال: ولو قال: لا أشتري جارية ونوىٰ مولدة فإن نيته باطلة؛ لأن هذا ليس بتخصيص جنس، وإنما هو تخصيص صفة، ولم يذكر في الباب مثال الأصل الثالث: وهو [أنه] إذا نوىٰ حقيقة كلامه، وذلك مثل أن يقول: والله لا أتزوج النساء، فيمينه محمولة علىٰ الواحدة، فإن قال: أردت جنس النساء صدق في القضاء، وكذلك إذا قال: لا أشرب [٢٥٢/أ] الماء، وقال: أردت جنس الماء؛ وذلك لأنا حملنا اليمين علىٰ الأقل؛ لأن الجنس لا يمكن استيعابه، فإذا نوىٰ الجنس فقد نوىٰ حقيقة الكلام وهو أمر ظاهر فتقبل[2] نيته فيه.

---

(١) انظر: البدائع ٦٨/٣.
(٢) في أ (فتعمل).



بَابٌ
الرجل يعلق الطلاق أو العتاق بما يحتمل الحال أو الاستقبال

قال بشر عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته وهي حائض: إذا حضتِ فأنت طالق، أو قال وهي مريضة: إذا مرضتِ فأنت طالق، فهذا على حيض مستقبل ومرض مستقبل[1]، فإن قال: عنيت ما يحدث من هذا الحيض فهو كما نوى؛ وذلك لأن ظاهر[2] اللفظ يقتضي حدوث الحيض وحدوث المرض، وذلك لا يكون إلا فيما يستقبل منه، فتناولت يمينه حيضة مستقبلة ومرضاً مستقبلاً.

قال: فإن قال عنيت بما يحدث من هذا الحيض وما يزيد من هذا المرض، فهو كما نوى؛ لأن الحيض ذو أجزاء يحدث حالاً فحالاً، وكذلك المرض، فإذا نوى جزءاً حادثاً من ذلك صدق، فإن قال: إن حضت غداً فأنت طالق، وهو يعلم أنها حائض، فهذا على هذه الحيضة إذا دام الحيض بها إلى أن ينشق الفجر من الغد بعد أن تكون تلك الساعة تمام الثالثة أو أكثر؛ وذلك لأنه إذا علم بحيضها استحال أن يعني بيمينه حدوث حيضة أخرى في غد؛ لأن ذلك لا يمكن، فلم يبق إلا أن يريد استمرار[3] هذه الحيضة، وإنما اعتبر أن تكون تلك الساعة تمام الثالثة أو أكثر؛ لأن الحيض إذا انقطع فيما دونها فليس بحيض، فلا يوجد شرط اليمين.

---

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٢٩٧.
(٢) في أ (الظاهر).
(٣) في أ (استمرار الدم من هذه).

قال: فإن كان لا يعلم بحيضها، فهو على حيض مستقبل، ويُدَيَّن في القضاء؛ لأنه إذا لم يعلم بحيضها، فالظاهر أنه قصد حدوث الحيض.

قال أبو الحسن: وكذلك قال في هذه الوجوه في المرض، وكذلك المحموم قال إن حممت، أو المصدوع قال إن صدعت، أو مشتكٍ لبعض جسده [فهو على هذا الوجه]، وكذلك الرعاف، وهذا على ما قدمنا أنه معنى ذو أجزاء، فإذا نوى ما يتجدّد من أجزائه صدق.

قال: وإن كان صحيحاً فقال: إن صححتُ فامرأتي طالق[1]، طلقت امرأته حين سكت، وهو كبصير قال: إن أبصرت، أو كسميع قال: إن سمعت؛ لأن الصحة هي الأصل، وليست بمعنى يحدث، فيتعلق اليمين بوجودها وقد وجدت، قال: فأما القائم والقاعد والراكب فهو على الركوب والقيام والجلوس، إذا مكث ساعة بعد اليمين حنث، وهذا يريد به إذا قال القائم: إن قمت، والقاعد إن [٢٥٢/ب] قعدت، والراكب إن ركبت؛ وذلك لأن البقاء على هذه الأفعال يسمى باسم الابتداء، فقد وجد ما تناوله الاسم عقيب اليمين، وكذلك السكنى إذا لم يأخذ في النقلة؛ لأن البقاء على السكنى يسمى سكنى.

قال: فأما الدخول إذا حلف وهو داخل أن لا يدخل، فلا يكون إلا على دخول مستقبل، وإن نوى الذي هو فيه لم يحنث؛ لأن الدخول هو الانفصال من خارج إلى داخل، وهذا المعنى لا يوجد في البقاء، وكذلك إذا حلف لا يخرج وهو خارج؛ لأن الخروج الانفصال من داخل إلى خارج، وهذا لا يوجد في البقاء، وكذلك الحَبَل إذا قال للحبلى: إذا حبلتِ، تناولت اليمين حبلاً مستقبلاً؛

---

(١) في أ (فكان صحيحًا حين سكت، فامرأته طالق).

لأن الحَبَل هو ابتداء العلوق ، فأما الضرب والأكل فهو على الحادث ، فكل شيء أكله بعد يمينه أو ضربه بعد يمينه فهو حانث ؛ لأن الضرب ذو أجزاءٍ كل جزء منه ابتداء ، فأما اللبس فهو مثل الركوب ؛ لأن البقاء عليه يسمى لبساً ، يوضح ذلك أنه يقول: لبست يوماً وركبت يوماً ، ولا يقول دخلت الدار يوماً.

وقال في الأصل: إذا قال لامرأته: أنت طالق ما لم تحيضي أو ما لم تحبلي وهي حبلى أو حائض في حال الحلف ، فهي طالق حين سكت إلا أن يكون ذلك منها حين سكت ؛ لأنه جعل حدوث الحيض والحبل شرط البر ، فما لم يوجد عقيب اليمين حنث ، فإن كان يعني ما هي فيه من الحيض ، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لما بينا أن الحيض ذو أجزاء فصح أن يسمي ما يحدث من أجزائه باسم الابتداء ، فأما في الحبل فلا يصدق ، لأنه ليس بمعنى ذي أجزاء ، وإنما هو معنى واحد ، ألا ترى أنّ ما يتزايد من الحيض حيض ، والحَبَل ليس بمعنى يتزايد ، فلا يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا في القضاء.






بَابُ
الحلف على التزويج بشروط مختلفة

قال الشيخ رحمه الله: هذا الباب ذكره أبو الحسن في جامعه فأوردناه للحاجة إلىٰ ما فيه من المسائل.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال: إن تزوجت امرأة بعد امرأة فهي طالق، فتزوج واحدة ثم اثنتين في عقدة فإنه وقع الطلاق علىٰ إحدىٰ الأخريين؛ لأنه قد تزوج امرأة بعد امرأة، وإن كان معها غيرها فقد وقع الطلاق علىٰ إحداهما فكان له[1] التعيين، ولو تزوج امرأتين في عقدة ثم تزوج امرأة بعدهما [٢٥٣/أ] طلقت الآخرة؛ وذلك لأنه قد تزوجها بعد امرأة، والأوليان كل واحدة منهما لا توصف أنها بعد الأخرىٰ، فكانت الآخرة هي المستحقة للشرط.

ولو قال: إن تزوجت امرأة فهي طالق، فتزوج صبية طلقت؛ لأن الغرض باليمين الامتناع من النكاح وهذا يفيد الجنس، فصار قوله امرأة كقوله: أنثىٰ.

وقال ابن سماعة عنه: إن قال إن تزوجت امرأتين في عقدة فهما طالقان، فتزوج ثلاثاً في عقدة فإنه تطلق امرأتان من نسائه يوقع علىٰ اثنتين من الثلاث؛ لأنه قد تزوج باثنتين، وإن كانت معهما ثالثة، وليس إحداهن بالطلاق بأولىٰ من الأخرىٰ فرجع إلىٰ تعيينه.

---

(١) في أ (إليه).



قال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره في رجل قال: والله لا أُزَوِّجُ ابنتي الصغيرة، [ثم أمر رجلاً] فَزَوَّجَها [أو زوّجها] رجل بغير أمره، فأجاز، قال: هو حانث لأن حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد فتعلقت بالمجيز، ولو حلف لا يزوج ابناً له [صغيرًا] فأمر رجلاً فزوجه، ثم بلغ الابن وأجاز، أو زوجه رجل فأجاز الأب ورضي الابن لم يحنث؛ وذلك لأن حقوق العقد لما لم تتعلق بالعاقد، تعلقت بالمجيز فنسب العقد إليه.

وقال هشام عن محمد في نوادره: في رجل حلف بطلاق امرأته ثلاثاً أن لا يزوج بنتاً له صغيرة، فزوجها رجل من أهله أو غريب والأب حاضر ذلك[1] المجلس حيث زوجت، إلا أنه ساكت حتىٰ قال الذي زوّج للذي خطب: قد زوجتكها، وقال الآخر: قد قبلت، والأب ساكت، ثم قال بعد ما وقع[2] العقد وهو في ذلك المجلس: قد أجزت النكاح، فزعم محمد أنه لا يحنث؛ لأن الذي زوج غيره وأجاز هو، وكذلك إذا حلف علىٰ أمته؛ وذلك لأن الإجازة لا تسمىٰ نكاحاً وهو حلف علىٰ التزويج، فإذا فعل ما لا يتناوله الاسم لم يحنث.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل تزوج امرأة بغير أمرها [وزوجه وليها][3]، ثم حلف المتزوج أن لا يتزوجها أبداً، ثم بلغها فرضيت بالنكاح، أو كان زوَّجها رجل[4] منه وهو لا يعلم، ثم حلف بعد ذلك أنه لا يتزوجها، ثم بلغه النكاح فأجاز، لم يحنث في أحد الوجهين؛ لأنه لم يتزوج بعد

---

(١) في أ (في).

(٢) في أ (عقدة النكاح).

(٣) في الأصل (زوجه ولها)، والمثبت من أ.

(٤) في أ (أو كان الزوج زوجها وهو لا يعلم).



يمينه، إنما أجاز نكاحاً قبل يمينه أو أجازته المرأة، وهذا صحيح على ما قدمنا: أن شرط يمينه التزويج المستقبل [٢٥٣/ب] والإجازة ليست بتزويج.

قال ابن سماعة عن محمد: لو قال لا أتزوج فلانة بالكوفة فَزَوَّجها أبوها إياه بالكوفة، ثم أجازت ببغداد كان حانثاً، وإنما جاز الساعة بإجازتها النكاح الذي كان بالكوفة، وكذلك قال في الجامع الكبير، وهذا على ما بَيَّنَّا أن الإجازة ليست بنكاح، وإنما النكاح الإيجاب والقبول، فإذا حَصَلا بالكوفة وانضم إليهما الإجازة، فقد وجد شرط الحنث فحنث.

قال ابن سماعة عن محمد في رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، فصار معتوهاً فزوجه[1] إياها أبوه، قال: هو حانث؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالمعقود له فهو المتزوج فحنث.

وقال مُعَلَّى: [سمعت][2] محمداً عن امرأة حلفت أن لا تزوج نفسها من فلان، فَزَوَّجَها رجل منه بأمرها فهي حانثة، وكذلك لو زوجها رجل فرضيت، وكذلك لو كانت بكراً فزوجها أبوها فسكتت؛ وذلك لأن العقد لما جاز برضاها وحقوقه تتعلق بها صار كأنها عقدت، وهذه الرواية مخالفة لرواية هشام.

وكذلك لو حلف: لا يأذن لعبده في التجارة فرآه يشتري ويبيع، فإنه إن سكت كان حانثاً في يمينه؛ وذلك لأن السكوت إذن منه فكأنه أَذِنَ بالنطق.

وروى بِشر ومُعَلَّى عن أبي يوسف: أنه [قال]: لا يحنث؛ لأن السكوت

(١) في أ (فزوجها إياه).

(٢) في ب (سألت)، والمثبت من أ.

ليس بإذن، وإنما هو إسقاط حقه عن المنع من تصرف العبد.

قال: فإن حلف لا يسلم لفلان شفعة، فبلغه أنه اشترى داراً هو شفيعها فسكت، قال: هذا لا يحنث؛ وذلك لأن الساكت ليس بمسلم وإنما يسقط حقه لتفريطه في طلبه.

قال عمرو عن محمد: في رجل حلف لا يزوج عبده فزوج العبد نفسه ثم أجاز المولى: فإن المولى يحنث، ولو حلف الأب أن لا يزوج ابنته فزوجها عمها وأجاز الأب لم يحنث؛ وذلك لأن غرض المولى باليمين أن لا يعلق برقبة عبده حقوق النكاح، وهذا المعنى موجود وإن أجاز، فأما الأب فغرضه أن لا يفعل ما يسمى نكاحاً، والإجازة ليست بنكاح.

قال عليّ وبِشر عن أبي يوسف: [في رجل] حلف أن لا يؤخر عن فلان حقه شهراً[1]، فلم يؤخره شهراً، وسكت [مَن يقاضيه] حتى مضى الشهر: لم يحنث، وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن التأخير هو التأجيل، وترك التقاضي ليس بتأجيل.

قال: ولو أن امرأة حنثت لا تأذن [٢٠٤/أ] في تزويجها وهي بكر، فزوجها أبوها فسكتت، فإنها لا تحنث، والنكاح لها لازم؛ لأن السكوت ليس بإذن وإنما أقيم مقام الإذن بالسُّنَّة.

(١) في أ (حلف أن لا يؤخر حقه من فلان).



بَابُ
الرجل [يعطف] على اليمين بعد السكوت

قال الشيخ رحمه الله: الأصل في هذا الباب: ما روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا عطف على يمين بعد السكوت [بما يوسع على نفسه لم يقبل قوله، كما لا يقبل في الاستثناء بعد السكوت] وإن عطف بما يشدد على نفسه جاز؛ لأنه يملك الإيقاع، واليمين التي لم تكن حلف بها، فإذا ثبت هذا الأصل:

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف في رجل قال: إن دَخَلَتْ فلانة الدار فهي طالق، ثم سكت سكتة ثم قال: وهذه يعني امرأة له أخرى، فإنها تدخل في اليمين؛ لأن الواو للجمع، فكأنه قال: وهذه طالق إن دخلت هذه الدار [وفي هذا تشديد على نفسه فيُقْبَلُ، وكذلك إن قال بعدما سكت: وإن دخلت هذه الدار، فإنها تطلق إن دخلت الدار الأخرى]؛ وذلك لأنه عطف على الشرط، وهذا يقتضي وقوع الطلاق على الأولى بدخول كل واحدة من الدارين، وفي هذا تشديد على نفسه [فيقبل]، وكذلك لو قال: هذه طالق ثم سكت ثم قال: وهذه، [فإنها تطلق، وكذلك العتق لو] قال لعبده: أنت حر ثم سكت ثم قال: وهذا؛ وذلك لأنه جمع بينهما في الإيقاع، وهذا تشديد على نفسه[1].

قال: ولو قال لامرأته: أنت طالق إن دخلتِ الدار ثم سكت، ثم قال: وهذه، يعني داراً [له] أخرى، فليس له ذلك، فإن دخلت الأولى طلقت؛ وذلك لأن

(١) في ب (وإن عطف بما يشدد) والمثبت من أ.

العطف يقتضي زيادة في شرط اليمين الأولىٰ ، ألا ترىٰ أنه إذا علق الطلاق بدخول دارين لم يقع بإحداهما ، وهو لا يملك تغيير شرط اليمين بعد السكوت ؛ و[ذلك] لأن في هذا توسعة علىٰ نفسه ، فلا يجوز بعد السكوت كالاستثناء .

بَابُ
الرجل يحلف على فعل فيقع الحلف على الصحيح منه والفاسد أو على الصحيح دون الفاسد أو على التام منه والناقص

قال ابن سماعة عن أبي يوسف إذا قال الرجل: عبدي حر إن وهبت لفلان شيئاً، أو تصدقت عليه، [أو أعرته، أو نحلته، أو أعطيته، أو أقرضته، ثم وهب له أو تصدق عليه] أو أقرضه أو أعطاه أو نحله أو أعاره، فلم يقبل ذلك المحلوف عليه، فإن الحالف يحنث، وكذلك قال محمد في الجامع [الكبير في الصدقة والهبة والنحلى والعارية، وكذلك قال أبو حنيفة في الجامع] الصغير في الهبة[1]، وقال زفر: لا يحنث في الهبة حتى يقبل الموهوب له ويقبض.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رواية أخرى في القرض: أنه لا يكون قرضاً إلا أن يقبل ذلك منه المستقرض.

وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره: أنه إذا أقرضه فلم يقبل فليس بمقرض.

أما الهبة والعارية والصدقة فوجه قولهم: أن الهبة من الواهب وليس من الموهوب له، وللمعار عوض مقصود، فصار المقصود فيها من جهة الواهب والمعير، وقد فعل ذلك، وإنما يحتاج إلى القبول [ليستحق][2] به ما هو من جهة الآخر، فإذا لم يكن من جهته شيء لم يعتبر قبوله في استحقاق الاسم فحنث.

---

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٦٩.

(٢) في ب (يستحق)، والمثبت من أ.

وجه قول زفر: أن الهبة لا تتم إلا بالقبول، فالحلف يقتضي الأمرين كالبيع، فأما القرض فوجه قول أبي يوسف: أنه يحنث من غير قبول؛ لأن [صحة القرض][1] لا تقف علىٰ تسمية العوض كالهبة.

وجه الرواية الأخرىٰ: أن القرض[2] تمليك بعوض كالبيع، وقد قال أبو يوسف في هذه الرواية: لو حلف لا يستقرض من فلان شيئاً فاستقرضه فلم يقرضه، قال: فهو حانث، وفرق بين القرض والاستقراض؛ وذلك لأن الاستقراض طلب القرض فهو كالسوم في البيع.

٢٢٠٩ ـ فَصْل: [الحنث فيما لم يحصل القبول]

قال أبو الحسن: وإذا حلف علىٰ عقد فيه بدل مثل البيع والإجارة، ففعل ما حلف عليه ولم يقبل الآخر، فإنه لا يحنث؛ وذلك لأن المقصود بالبيع حصول العوضين؛ وذلك لا يسلم إلا بالإيجاب والقبول، فما لم يوجد القبول لم يحصل غرض البائع بالبيع، فلم يحنث، قال: فإن وقع العقد وقبِل ـ والعقدُ صحيح [في البيع] أو فاسد يملك به إذا قبض ـ حنث الحالف؛ وذلك لأن اسم البيع يتناول الصحيح والفاسد، ألا ترىٰ أن العرب وضعت الاسم لهذا النوع من العقد، وهي لا تعرف الأحكام، وإن كان الاسم تناول الفاسد، والغرض من التمليك يحصل به كما يحصل بالصحيح، حنث في يمينه، فأما إذا كان مما لا يملك به كالبيع بالميتة والدم لم يحنث؛ لأنه لا يحصل فيه الغرض من التمليك.

(١) في ب (الصحة العوض)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (أنه).

٢٢١٠ - فَصْـل: [الحنث في بيع فيه خيار]

قال: فإن باع بيعاً فيه خيار للبائع أو للمشتري، حنث في قول محمد، ولم يحنث في قول أبي يوسف، لأيّهما كان الخيار، لأبي يوسف: أن شرط الخيار يمنع تعلق الاستحقاق بالعقد، فهو كالإيجاب بغير قبول.

لمحمد: أن اسم البيع يتناول ما شرط فيه الخيار، والملك يتعلق به إذا انضمّ إليه معنىً آخر كالبيع الفاسد [مع القبض]

قال محمد: سمعت أبا يوسف قال فيمن قال: إن اشتريت هذا العبد فهو حر، فاشتراه على أن [٢٥٥/أ] البائع بالخيار، فمضت (المدة)[١] ووجب البيع [لم][٢] يعتق؛ وذلك لأن [اسم الشراء قد ورده، وليس في ملكه، فانحلت اليمين، فلا يعتق بعد ذلك بوقوع الملك، وليس كذلك لو كان الخيار للمشتري؛ لأن اسم الشراء لا يتناول][٣] ما شرط فيه الخيار، وإنما صار مشترياً بسقوط الخيار، والعبد في ملكه فعتق عليه

٢٢١١ - فَصْـل: [الحلف بعدم الزواج أو الصلاة]

وإذا حلف لا يتزوج أو لا يصلي، فهو على الصحيح في ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، [إلا أن يعني غير الصحيح]؛ وذلك لأن النكاح لا يملك فساده كما لا يملك تصحيحه، والغرض من النكاح الملك فإذا لم يوجد في الفاسد لم يحنث، وليس كذلك البيع؛ لأن الغرض منه الملك، وذلك يوجد

(١) في أ (الثلاثة).

(٢) في ب (يعتق)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (اسم البيع عنده ما شرط)، والمثبت من أ.

في الفاسد، و[علىٰ هذا] الغرض بالصلاة: التقرب إلىٰ الله تعالىٰ، وذلك لا يوجد في فاسدها، فاختصت اليمين بالصحيح.

قال محمد: ولو تدبر الكلام تدبراً فقال: عبده حرّ إن كان اشترىٰ أو تزوج أو صَلّىٰ فهو علىٰ الصحيح منه والفاسد؛ وذلك لأن الماضي لا يقصد منه الملك والقُرْبة، وإنما الغرض الإخبار، والاسم موجود في الصحيح والفاسد [معًا] فتناولهما جميعاً، فإن عنىٰ بذلك الصحيح دُيِّنَ في القضاء؛ لأن الظاهر من الصلاة والنكاح الصحيح، وإنما حملنا اليمين علىٰ الفاسد؛ لأنه [لا] غرض في الماضي يختص الصحيح، فإذا نواه فقد نوىٰ ظاهر كلامه فيصدق.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً قال: والله لأبيعن أم ولدي، أو هذه المرأة الحرة، أو هذا الحر المسلم، فباعهم بيعاً فاسداً، بَرَّ في يمينه.

وقال أبو يوسف: في الرجل الحر المسلم مثل ذلك، وخالف في أم الولد والحرة، فقال: اليمين علىٰ أن يرتدا فيسبيا، أما الرجل الحر المسلم فلا يتصور عليه إلا بيع باطل، فعلم أن اليمين تناولت ذلك، فأما المرأة فأبو حنيفة يقول: إنه تباع في الحال بيعاً مجازًا، وتباع بعد السبي بيعاً صحيحاً، فالحال أخصّ باليمين فحملت عليه.

وأبو يوسف يقول: إذا أمكن حمل اليمين علىٰ الحقيقة كان ذلك أولىٰ من حملها علىٰ المجاز، وهذا نظير اختلافهم في العبد إذا قال: كل عبد أملكه فهو حر.

٢٢١٢ ـ فَصل: [الحنث بالعقد الفاسد]

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل قال: إن كنت تزوجت اليوم امرأة

فعبدي حر، وقد تزوج [في ذلك اليوم تزويجًا] فاسداً، قال: لا يحنث، (وإن قال: إن لم أكن تزوجت اليوم امرأة فعبدي حر، وقد تزوج في ذلك اليوم تزويجاً فاسداً، قال: حنث)[1]، وكذلك رجل صَلّىٰ ركعتين بغير وضوء [٢٥٥/ب]، وقال: إن كنت صليت اليوم ركعتين فغلامي حر، وهو يعني أن صلاته ليست بصلاة، قال: لا يعتق غلامه، ولو قال: إن لم أكن صليت اليوم ركعتين فغلامي حر، ولا نية له، عتق غلامه، فكأنه اعتبر لفظة اليمين، فإذا كانت على الإثبات اختصت بالصحيح، وإن كانت في الماضي فإن كانت بلفظ النفي تناولت الفاسد والصحيح، وقالوا فيمن قال: والله لأتزوجن هذه المرأة اليوم ولها زوج، فهذا على أن يتزوجها تزويجاً فاسداً؛ وذلك لأنه لا يملك أن يعقد عليها عقداً صحيحاً، فتناولت يمنيه الفاسد.

٢٢١٣ ـ فَصْل: [الحنث بالصلاة والصوم]

قال أبو الحسن: ولو حلف لا يصلي فكبَّر ودخل في الصلاة، لم يحنث حتىٰ يركع ويسجد سجدة استحساناً، والقياس أن يحنث[2].

وجه القياس: أن اسم المصلي يتناول الداخل في الصلاة، ألا ترىٰ أنهم يقولون فلان قد صَلَّىٰ.

ووجه الاستحسان: أن الصلاة عادة تشتمل علىٰ أفعال مختلفة، فما لم يوجد جنسها لم يوجد الاسم، فلا يحنث.

قال: ولو قال والله لا أصلي صلاة [أو أصليَنَّ صلاة]، فإنه لا يحنث حتىٰ

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٦٩.



يصلي ركعتين ؛ لأنه لما ذكر المصدر اقتضىٰ ذلك ما هو صلاة في الشرع ، وذلك لا يكون أقل من ركعتين .

وقد قالوا فيمن حلف لا يصلي الظهر ، أنه لا يحنث حتىٰ يتشهد بعد الأربع ؛ وذلك لأن الظهر عبارة عن أربع ركعات ، فما لم يوجد جميعها لم يحنث .

قال: ولو حلف لا يصوم فأصبح ينوي الصوم ثم أفطر حنث[1] ؛ وذلك لأن الصوم هو الإمساك مع النية في زمان مخصوص ، وهذا المعنىٰ موجود في الجزء الأول [في كونها صومًا] وما بعده تكرار مثله ، فلا يعتبر كما لا يعتبر تكرار مثل الركعة الأولىٰ [في كونها صلاة] ، ولو حلف لا يصوم صوماً ، لم يحنث حتىٰ يصوم يوماً ؛ لأنه ذكر المصدر فاقتضىٰ ذلك صوماً شرعياً ؛ وذلك لا يكون في أقل من يوم ، وكذلك لو حلف لا يصوم يوماً ، ولو حلف لا يحج حجة ، أو قال: لا أحج ولم يقل حجة ، لم يحنث حتىٰ يطوف طواف الزيارة ؛ لأن الحجة عبارة عن أجناس من الفعل فتناولت اليمين جميعها ؛ وذلك لا يوجد إلا بأكثر الطواف ، قال: فإن جامع فيها لم يحنث ؛ لأن المقصود من الحج القربة ، فتناول اليمين الصحيح كالصلاة .

قال: ولو حلف لا يعتمر ، فأحرم وطاف أربعة أشواط حنث ؛ وذلك لأنه قد وجد ما هو ركن في العمرة ، [٢٥٦/أ] فصار كوجود أركان الحج[2] .



(١) انظر: الجامع الصغير ص٣٦٩.

(٢) انظر: الأصل ، ٢/٣٦٥.



بَابُ
الرجل يحلف أن لا يحلف

قال الشيخ رحمه الله: أصل هذا الباب أن الحلف في الشرع جملة تتضمن شرطاً وجزاءً، يقصد بها الامتناع إذا لم تجر العادة بخلاف ذلك، وقد بينا هذا.

وقد قالوا فيمن قال لامرأته: إن شئتِ فأنت طالق، أنه ليس بحالف؛ لأن هذ تفسير التخيير، والتخيير ليس بحلف بدلالة أن النبي ﷺ خيّر نساءه.

وقد روي عن بعض الصحابة مسنداً وموقوفاً: «**ملعونٌ من حلف بالطلاق ومن حلف به**»[1] وهذا يمنع من أن يكون تخييره حلفاً.

وقد قالوا فيمن قال لامرأته: إذا حضتِ حيضةً فأنتِ طالق ليس بحلف؛ لأن هذا تفسير طلاق السنة، ولو قال لها: أنت طالق للسنة[2] لم يكن حالفاً، وكذلك إذا أتىٰ بتفسيره.

ولهذا قالوا لو قال لها: إذا حضتِ فأنت طالق كان حالفاً؛ لأنه يقتضي وقوع الطلاق في الحيض، وذلك ليس بتفسير لطلاق السنة.

وقد قالوا فيمن طلق امرأته طلاقاً مؤقتاً فقال: أنت طالق غداً أو رأس الشهر فليس بحالف؛ لأنه طلاق موصوف ولم يعلقه بشرط، وقد قال الشافعي: إن الحلف ما تعلق بشرط يقدر علىٰ الامتناع منه، فإن قال: إذا طلعت الشمس أو

---

(١) أورده العجلوني في كشف الخفاء ٢/٢٨٢. (ولم أعثر عليه عند غيره).

(٢) وفي الجامع الكبير: «... لم يقع عليها حتىٰ تطهر». ص٧١.

جاء غد فأنت طالق[1] ، فليس بحلف ؛ لأنه لا يقدر على الامتناع مِن هذا الشرط. وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه أخرج كلامه مخرج الامتناع فكان حالفاً ، وإن لم يدخل ذلك في قدرته.

قال أبو الحسن: الحلف عندنا ما تعلق بشرط يقع به الحنث بوجود الشرط ، كان ذلك في المجلس الذي حلف فيه أو غيره ، فأما ما يقع بالجواب عنه [خارجًا عن] المجلس ، أو كان معلقاً بوقت فليس بحلف ، وقد بينا هذا وقد فسره بقوله: إن أكلت أو شربت أو قطرت[2] السماء أو جاء غد فعبدي حر أو امرأتي طالق ، وهذا حلف[3] على ما قدمنا.

وأصل آخر يعتبر في الباب: وهو أن المحلوف به من جاء بعد حرف الجواب ، ومن جاء بعد حرف الشرط فليس بمحلوف عليه ، ألا ترى أن من قال لعبده: إن دخلت الدار فامرأتي طالق[4] ، فهو حالف بطلاق امرأته ؛ لأنها جاءت بعد حرف الجواب ، وليس بحالف بعتق العبد ؛ لأنه دخل في الشرط.

وقال مُعَلَّى عن أبي يوسف: إن قال أنت طالق في نفر الحاج أو ذبح الناس فهو يمين ؛ لأنه أدخل حرف الظرف على [الفعل][5] فصار شرطاً.

ولو قال في الأضحى لم يكن يميناً ؛ لأنه أدخل حرف الظرف على الوقت ، فصار مطلقاً بصفة.

---

(١) انظر: التنبيه للشيرازي ١/١٧٨.
(٢) في أ (أمطرت).
(٣) في أ (وهذا على ما بيّنا).
(٤) ولعل العبارة الملائمة للمسألة بحسب ما يقتضيه السياق (إن أعتقتكَ فامرأتي طالق).
(٥) في ب (وقت الفعل) ، والمثبت من أ.



قال: وإذا قال: والله لا أحلف بطلاق عَمْرة، فالحلف بطلاقها أن يدخل في الجواب، فإذا قال بعد ذلك: إن دخلتْ زينب الدار فعَمْرة طالق حنث، ولو قال: إن دخلتْ عَمْرة الدار فزينب طالق لم يحنث، وهذا علىٰ ما قدمنا أن المحلوف [به] من جاء بعد حرف الجواب دون من دخل في الشرط

٢٢١٤ ـ فَصْل: [وقوع الطلاق إن حلف بالطلاق]

ومن مسائل هذا الباب

ما ذكر في جامع الكبير فيمن قال لامرأته: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، كرر ذلك ثلاثاً، وقعت عليها تطليقتان وانعقدت يمين إن كانت مدخولاً بها؛ وذلك لأنه لما قال لها أول مرة، فقد انعقد عليها يمينٌ شرطها أن يحلف بطلاقها، وجوابها أن يقع الطلاق عليها، فلما قال لها ثانياً: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، فقد وجد شرط اليمين الأولىٰ؛ لأنه حلف بطلاقها، ألا ترىٰ أنها دخلت في الجواب فوقعت عليها تطليقة، فانحلت اليمين الأولىٰ وانعقدت الثانية، فلما قال لها ثالثاً، فقد وجد شرط اليمين الثانية، فوقعت عليها [تطليقة] أخرىٰ وانحلت اليمين الثانية، وانعقدت [اليمين] الثالثة فإن أعاد القول رابعة وقعت عليها تطليقة ثالثة، وانعقدت عليها يمين أخرىٰ؛ لأن الطلاق قد يقع بتمام الكلام، واليمين تنعقد قبل وقوع الطلاق[1].

٢٢١٥ ـ فَصْل: فيما يصل الرجل بكلامه فيكون قطعًا للاستثناء عن اليمين أو لا يكون

قال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: إن خرجت من الدار

(١) انظر: فتاوىٰ السغدي ١/٣٨٦.

فأنت طالق ثلاثاً فاعلمي ذلك، إلا بإذني، أو إن شاء الله، فإنها لا تطلق، وهذا كلام واحد؛ وذلك لأن قوله فاعلمي ذلك يقتضي تعلق الكلام الثاني بالأول بحرف العطف، فصار كلاماً واحدًا فعمل فيه الاستثناء.

ولو قال اعلمي ذلك أو اذهبي انقطع الاستثناء؛ لأنه لم يعلقه بالكلام الأول فصار كلاماً مبتدأً فقطع الاستثناء، وينبغي على قول أبي حنيفة: أن يقع الطلاق في الفصلين على أصله فيمن قال أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله.

قال ابن سماعة عن محمد: فيمن قال لامرأته (أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار)[1] أو قال أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن دخلت الدار، لم تطلق إلا بالدخول، وعليه اللعان؛ لأن قوله يا زانية، صفة [٢٥٧/أ] لها فهو كقوله: أنت طالق يا زينب ويا قائمة فلا يفصل، ولا يجوز أن يكون في حكم من علق القذف بالشرط؛ لأن القذف جعله صفة للمطلقة، وصفات المطلقة لا تقف على الشرط، وإنما يقف الطلاق[2].

وقال محمد في الجامع الكبير: إذا قال لها أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار، فدخلت الدار وقع الطلاق، ولا حَدّ ولا لِعان، فجعله في حكم [القذف المعلق][3] بالشرط فلا يكون قاذفاً.

(وقال بِشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة)[4]: وذلك لأن اللعان تعلق

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ، وموقعها في أ (قال لامرأته: أنت طالق يا زانية ثلاثًا).

(٢) نقله الكاساني في البدائع ٢٩/٣؛ البحر الرائق ٣/٤.

(٣) في ب (المعلق للقذف)، والمثبت من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

بقذفه وبانت بدخول الدار، فسقط اللعان من طريق الحاكم، فلم يجب الحد.

وقال بشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إذا قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق يا زانية ثلاثاً؛ قال: لا حَدَّ عليه ولا لِعَان، وكذلك قال أبو يوسف، فلم يفصلا بقوله يا زانية بين الإيقاع والعدد؛ لأنه صفة لها فوجب اللعان بقذفه، وبانت بقوله ثلاثاً، فسقط اللعان من طريق الحكم.

قال: وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال لها ـ ولم يدخل بها ـ: أنت طالق ثلاثاً، أو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، فماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن دخلت الدار، فهذا باطل لا يلزمه به طلاق؛ لأن الطلاق يقع بآخر الكلام[1] وقد حصل ذلك وهي أجنبية.

قال: ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا عَمْرةُ فماتت قبل أن يقول يا عمرة فالطلاق لها لازم؛ لأن قوله يا عمرة ليس بشرط ولا عدد، فلا يقف الوقوع عليه، فإذا وقع الطلاق بقوله أنت طالق لم ينفه الموت.

قال: وقال أبو حنيفة: لو قال لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق يا زانية ثلاثاً، فهي ثلاث، ولا حد ولا لعان.

وقال أبو يوسف: هي طالق واحدة وعليه الحد.

لأبي حنيفة: ما قدمنا أن قوله يا زانية [قذف][2] فلا يفصل بين العدد والإيقاع، فيقف الوقوع على آخر الكلام، فيصير قاذفاً في حال الزوجية، فيجب

---

(١) في أ (لأن الوقوع يقف بآخر الكلام).

(٢) في ب (برا)، والمثبت من أ.



عليه اللعان، وإذا بانت سقط اللعان من طريق الحكم.

لأبي يوسف: أن قوله يا زانية لما لم يكن شرطاً، فصل بين الطلاق والعدد فبانت بقوله أنت طالق، وصار قاذفًا لأجنبية، فيجب عليه الحد.

قال أبو يوسف: ألا ترىٰ أن أبا حنيفة قال: لو قال لها أنتِ طالق [طالق] ثلاثاً، لم يلزمها إلا واحدة، فقوله يا زانية (٢٥٧/ب) كلام قد تعلق به حد أشد من ذلك، فهو أولىٰ أن يفصل، قال: ولو كان قال لها: أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار، كانت طالقاً ولا حد ولا لعان؛ لأن قوله يا زانية لما فصل بين الشرط والإيقاع، تعلق القذف بدخول الدار، فلم يكن قاذفاً، قال أبو يوسف: ولا يُشبه هذا المدخول بها: إذا قال لها أنت طالق يا زانية ثلاثاً، أنها تبين بثلاث ولا حد ولا لعان؛ لأنه لو قال لها أنت طالق وسكت، فقيل له: كم؟ فقال: ثلاثاً؛ كانت ثلاثاً، فكذلك إذا فصل بقوله يا زانية، لا يكون أكثر من الفصل سكوته.

٢٢١٦ ـ فَصْل: فيما يخرج الحالف عن يمينه أو لا يخرج

قال الشيخ رحمه الله: جملة هذا الفصل مبنية علىٰ أن حكم[١] الحالف إذا وقع في اليمين بكناية أو ذكر المحلوف عليه، كان الداخل فيها بكناية خارجاً من الشرط، وإن كان بغير [كناية][٢] دخل إلا أن يكون الحلف وقع علىٰ بعض الحالف أو المحلوف عليه، فلا يدخل في اليمين علىٰ وجه، وهذا الأصل علىٰ ظاهر الرواية.

وإن كان قد روي عن أبي يوسف خلاف فيه، فإذا ثبت هذا.

(١) في أ (ذكر).

(٢) في ب (إذنه)، والمثبت من أ.

فإذا قال: إن دخل داري هذه أحد، أو ركب دابتي، أو ضرب غلامي، ففعل ذلك الحالف لم يحنث؛ لأن قوله (أحد) نكرة، وقد صار الحالف [بالإضافة معرفة][1] فلا يدخل تحت النكرة، وكذلك لو قال لرجل: إن دخل دارك هذه أحد، أو لبس ثوبك، أو ضرب غلامك، فضربه المحلوف عليه لم يحنث؛ لأن المحلوف عليه [معرفة] فلا يدخل في النكرة، (فإن ضربه الحالف حنث؛ لأنه ليس بمعروف، فجاز أن يدخل تحت النكرة)[2].

ولو قال: إن ألبست هذا القميص أحدًا، فلبسه المحلوف عليه لم يحنث؛ لأنه صار معرفة بالمخاطبة، فإن ألبسه المحلوف عليه الحالف حنث؛ لأنه نكرة فدخل تحت النكرة.

ولو قال: إن مَسَّ هذا الرأس أحد وأشار إلىٰ رأسه، لم يحنث إن فعل ذلك الحالف أضافه بكناية أو لم يضفه، وإن فعله غيره حنث؛ لأن إضافة الرأس إليه بالخلقة أكثر من إضافته بحرف الإضافة.

وإن قال: إن كلم غلام عبد الله بن محمد أحد فعبدي حر، فكلمه الحالف وهو غلامه حنث؛ لأنه أضافه إلىٰ نفسه بصريح ولم يضفه بكناية وليس بجزء منه فدخل في اليمين.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل قال (٢٥٨/أ) لآخر: والله لا يدخل دارك هذه اليوم أحد، فهذا علىٰ غير رب الدار، إن دخل غير رب الدار حنث، وإن دخل رب الدار لم يحنث، وإن دخلها الحالف بنفسه حنث، وهذا

(١) في ب (معروفًا بالإضافة)، والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.



علىٰ ما قدمنا أنه أضاف الدار إليه بكناية ولم يدخل في اليمين.

وقال ابن سماعة عنه في [رجل][1] إذا قال: والله لا يدخل داري هذه أحد، أو قال: والله لا يدخل هذه الدار أحد[2]؛ قال: هذا كله علىٰ غيره وليس عليه، وهذا علىٰ خلاف ما قال محمد، وخلاف الرواية الأولىٰ عن أبي يوسف؛ لأنه إذا قال لا يدخل هذه الدار أحد، فالحالف وصاحب الدار كل واحد منهما نكرة، فدخل في اليمين علىٰ ما قدمناه.

ووجه هذه الرواية: أنه جعل صاحب الدار معرفة بملكها، وإن لم تكن مضافة إليه كقوله: هذا الرأس، وهذا الذي[3] استثناه في الأصل.

٢٢١٧ - فَصْل: فيمن حلف علىٰ شيء فقال آخر عليّ مثل ذلك

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: لو أن رجلاً طلق امرأته، فقال آخر: عليّ مثل ذلك، فإن هذا لا يلزم الثاني، وكذلك لو قال: عليّ مثل هذا الطلاق؛ وذلك لأن قوله عَلَيّ [مثل ذلك] إيجاب للطلاق علىٰ نفسه، وذلك مما لا يصح إيجابه.

قال: ولو حلف رجل بطلاق امرأته لا يدخل هذه الدار، فقال آخر: عليَّ مثل ذلك إن دخلها، فإن دخلها الثاني لم يلزمه طلاق امرأته؛ لأنه أوجب علىٰ نفسه الطلاق إن دخل الدار، والطلاق [لا يحتمل الإيجاب والإلزام؛ لأنه][4] ليس بقربة ليجب بالنذر، فإن أراد بهذا الإيجاب اليمين فليست بطلاق حتىٰ

(١) في ب (موضع)، والمثبت من أ.

(٢) في أ زيادة (أو قال هذه الدار بأحد).

(٣) في أ (وهذه الرواية التي استثناها في الأصل).

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ٥/٥٩؛ إذ النص منقول بلفظه فيه.



يطلق ، فإن لم يفعل حتىٰ يموت أحدهما حنث ؛ لأن النذر إذا أريد به اليمين صار كأنه قال: والله لأطلقنها.

قال: ولو قال: عبدي حر إن دخلت هذه الدار ، فقال آخر: عليّ مثل ذلك إنْ دخلت هذه الدار ، فدخل الثاني لم يعتق عبده ؛ وذلك لأنه أوجب علىٰ نفسه بدخول الدار عتقاً غير معين ، فكان له الخروج منه بشراء عبد يعتقه ، فلم يجز أن يتعلق العتق بعبده ، وإذا لم يتعلق به لم يلزمه عتق في ذمته ؛ لأن ذلك ليس بمثل لما أوجب الحالف ، ولو أن رجلاً قال: لله علي نسمة إن دخلت هذه الدار ، فقال آخر: عليّ مثل يمينك إن دخلت ، فهذا لازم للأول ولازم للثاني ، وأيهما دخل لزمه نسمة ؛ لأن الأول أوجب عتقاً في ذمته ، وذلك مما يجب بالنذر ، فإذا أوجب [٢٥٨/ب] الآخر مثله وجب عليه ، وليس كذلك الفصل الأول ؛ لأنه أعتق ولم يوجب ، ولا يكون علىٰ الثاني إيجاب ؛ لأنه ليس بمثل له ، ولو قال: كل مال لي هدي ، فقال آخر: وعلَيّ مثل ذلك ، لزمه أن يهدي جميع ماله ، سواء كان أقل من مال الأول أو أكثر إلا أن يعني بمثل قدره ، فيلزمه مثل ذلك إن كان مال الثاني أكثر منه ، ويلزمه في ذمته تمام مال الأول إن كان مال الثاني أقل ؛ لأن إطلاق الإيجاب ينصرف إلىٰ هدي جميع ماله كما أوجب الأول ، فإذا أراد القدر فقد نوىٰ ما يحتمله الكلام فيحمل عليه.

فإن قال رجل: كل مال أملكه إلى سنة فهو هدي ، فقال آخر: عليَّ مثل ذلك ، لم يلزمه شيء ؛ لأن الثاني لم يضف الهدي إلى الملك ، فلا يثبت الإضافة بالإضمار.

٢٢١٨ ـ فَصْـل: [في قول الرجل: الطلاق عليّ واجب أو لازم]

قال محمد في الأصل: إذا قال رجل عَلَيّ المشي إلىٰ بيت الله ، وكل مملوك

لي حُرٌّ، وكل امرأة لي طالق إذا دخلت الدار، فقال رجل آخر: وعليَّ مثل [جميع] ما جعلت على نفسك [من هذه الأيمان][1] إن دخلت الدار، ثم دخل الثاني الدار فإنه يلزمه المشي، ولا يلزمه العتاق والطلاق، ثم قال: ألا ترى أنه لو قال عليّ طلاق امرأتي، فإن الطلاق لا يقع عليها، وهذا يستدل به على أن من قال: الطلاق عَلَيَّ واجب أو لازم، لا يقع طلاقه.

وكان أصحابنا بالعراق يقولون فيمن قال: الطلاق لي لازم، [أنّه] يقع طلاقه لعرف الناس أنهم يريدون به الطلاق.

وكان محمد بن سلمة يقول: إن الطلاق يقع به بكل حال.

وحكى الهندواني عن علي بن أحمد[2] [عن] نصير بن يحيى عن محمد بن مقاتل أنه قال: المسألة على الخلاف، قال أبو حنيفة: إذا قال الطلاق لي لازم، أو عليّ واجب، لم يقع[3].

وقال محمد: يقع في قوله لازم، ولا يقع في قوله واجب.

وحكى ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره في رجل قال: ألزمت نفسي طلاق امرأتي، أو ألزمت نفسي عتق عبدي هذا، قال: إن نوى به الطلاق والعتاق فهو واقع، وإلا لم يلزمه.

وكذلك لو قال: ألزمت نفسي طلاق امرأتي هذه إن دخلت الدار، أو عتق

---

(١) ما بين المعقوفتين (في الموضعين) زيدت من الأصل ٢/٣٦٨.

(٢) في ب (أحمد بن نصير)، والمثبت من أ.

(٣) نقل الكاساني المسألة بكاملها نصًا ٥/٨٩.

عبدي هذا، فدخل الدار وقع العتاق والطلاق إن نوىٰ ذلك، وإذا لم ينوِ فليس بشيء.

لأبي حنيفة: أن الطلاق لا يصح إيجابه، فلم يتعلق بالتزامه حكم، فسقط.

لمحمد: أن العادة [جرت] أنهم يذكرون لفظ اللزوم في الإيقاع، فوقع بالعادة، ولا عادة في الإيجاب، فلم يقع [٢٥٩/أ] به شيء.

لأبي يوسف: أن الظاهر من الأمرين[١] النذر، ويحتمل أن يريد به التزام حكم الطلاق الواقع، فوقف ذلك علىٰ النية (بمنزلة كنايات الطلاق)[٢].

٢٢١٩ ـ فَصل: فيمن عقد علىٰ غيره يميناً فأجازها المعقود عليه

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال رجل: امرأة زيد طالق ثلاثاً ورقيقه أحرار، وعليه المشي إلىٰ بيت الله إن دخل هذه الدار، فقال زيد: نعم، كان حلفه بذلك كله؛ وذلك لأن (نعم) جوابه لا يستقل بنفسه، فما خرجت عليه مُضْمَر فيها، قال تعالىٰ: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُواْ نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤] تقديره نعم [وجدنا، ويقرأ الشهود علىٰ المشهود عليه كتاب الوثيقة، ويقولون: نشهد عليك بما فيه، فيقول، نعم] اشهدوا علي بما فيه من البيع.

قال: ولو لم يكن قال نعم ولكنه قال: قد أجزت ذلك، فهذا لم يحلف علىٰ شيء؛ لأن قوله قد أجزت ذلك ليس بإيجاب ولا التزام، فلا يلزمه به شيء.

فإن قال: قد أجزت ذلك علَيّ إن دخلت الدار وقال: قد ألزمت نفسي ذلك

---

(١) في أ (من الإلزام والإيجاب).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.



إن دخلت الدار ، وكان لازماً له ؛ وذلك لأنه التزم ما أشار إليه بقوله ذلك ، فلزمه.

ولو أن رجلاً قال: امرأة زيد طالق ، فقال زيد: قد أجزت ، لزمه الطلاق ، وكذلك لو قال: قد رضيت ما قال ، أو ألزمته نفسي ؛ وذلك لأن هذا ليس بيمين وإنما هو إيقاع ، فوقف على الإجازة ، وأما اليمين فتحتاج إلى الالتزام ليجوز على الحالف ، فلا بد من لفظ الالتزام.

ولو أن رجلاً قال: إن بعت هذا المملوك من زيد فهو حر ، فقال زيد: قد أجزت ذلك[1] أو رضيت ذلك ، ثم اشتراه لم يعتق ؛ لأن الحالف أعتق عبده بشرط ، فوُجِد الشرط في غير ملكه ، فلم يحنث ، ولا يتعلق بالإجازة حكم ؛ لأن البائع لم يوقع[2] اليمين ، وإنما حلف في ملك نفسه.

ولو كان البائع قال: إن اشترى زيد هذا العبد فهو حر ، فقال زيد: نعم ، ثم اشتراه زيد عتق عليه العبد ؛ لأن البائع لما لم يعقد اليمين في ملك نفسه وإنما أضافها إلى ملك المشتري ، صار عاقدًا ليمين موقوفة أجازها من وقعت عليه ، فتعلق بها الحكم.



---

(١) في أ (لك).

(٢) في أ (يوقف).



باب
الرجل يحلف لا يبدأ فلاناً بكلام أبداً

قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل لآخر: والله لا ابتدأك[1] بكلام أبداً، فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه معاً، لم يحنث الحالف في قول أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن الابتداء: وجود الشيء قبل غيره، فإذا وجد الكلامان معاً فلم يبدأ [هو] بالكلام، فلا يحنث [٢٥٩/ب].

قال محمد: وكذلك لو قال: عبدي حر إن كلمته قبل أن يكلمني؛ لأنه لما كَلَّمَه مع كلامه إياه، فليس أحد الكلامين قبل الآخر[2].

٢٢٢٠ ـ فَصْل: [الحنث في الغاية بـ(حتى)]

ولو قال: عبدي حر إن كلمتك حتى تكلمني، فتكلما معاً، لم يحنث عند أبي يوسف، وقال محمد: يحنث.

لأبي يوسف: أن الحالف منع نفسه أن يكلم المحلوف عليه قبل كلامه، ولم يوجد ذلك فهو كقوله: إن بدأتك.

لمحمد: أن حتى للغاية، فاقتضت أن يكون كلام المحلوف عليه غاية لانحلال اليمين، فإذا كلمه قبل الغاية حنث.

---

(١) في ب (ابتدأك).

(٢) انظر: الأصل ٣٥٧/٢.

وعلىٰ هذا الخلاف إذا قال: والله لا أكلمك إلا أن تكلمني ؛ [فتكلما معًا] ؛ لأن (إلا أن) إذا دخلت علىٰ ما يتوقف بمنزلة حتىٰ ، قال تعالىٰ: ﴿لَا يَزَالُ بُنْيَـٰنُهُمُ ٱلَّذِى بَنَوْاْ رِيبَةً فِى قُلُوبِهِمْ إِلَّآ أَن تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ١١٠].

قال أبو الحسن: وكذلك سائر الأفعال التي يحلف عليها ، فهي علىٰ هذا المثال ؛ وذلك لأن الحكم يتعلق بلفظ الشرط ، فلا فرق بين أن يدخل علىٰ كلام أو فعل ، وهذا مثل أن يحلف لا يدخل هذه الدار حتىٰ يدخلها فلان وحلف الآخر علىٰ مثل ذلك ، فدخلا جميعاً ، لم يحنثا عند أبي يوسف ، وحنثا عند محمد.





بَابُ
الحلف على الأكل والشرب

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يأكل شيئاً ولا يشرب شيئاً، فإنما يكون أكلاً بأن يوصل [الحالف][1] إلىٰ جوفه ما يتأتىٰ فيه المَضْغ والهَشْم بفيه، مهشوماً [أوصله] أو غير مهشوم، مثال الخبز والفاكهة والتمر [وسائر ما يتأتىٰ فيه المَضْغ والهَشْم بالفم]، وسواء مَضَغَه ثم بَلَعَه أو بلعه غير ممضوغ.

قال: والأصل في ذلك: أن الأكل والشرب فعلان مختلفان، قال الله تعالىٰ: ﴿ كُلُواْ وَٱشْرَبُواْ ﴾ [البقرة: ٦٠] والمعطوف[2] غير المعطوف عليه، فإذا حلف لا يأكل [فأوصل][3] إلىٰ جوفه ما يتأتىٰ فيه الأكل، فقد فعل ما يتناوله الاسم، فحنث في يمينه، ولا فرق بين أن يمضغه أو يبتلعه من غير مضغ؛ لأن الأكل قد يكون علىٰ الوجهين جميعاً، [فأما الشرب بأن][4] يوصل إلىٰ جوفه ما لا يتأتّىٰ فيه الهشم في حال وصوله مثل الماء والنبيذ والعسل المخوض والسويق المخوض واللبن وغير ذلك؛ لأن هذا يسمىٰ شرباً في العادة، فحنث في يمينه[5].

---

(١) في ب (الحلف)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (والعطف).

(٣) في ب (فما وصل)، والمثبت من أ.

(٤) في الأصل كانت العبارة: (بأن الشرب فأما)، والمثبت ما يقتضيه السياق.

(٥) انظر: الأصل ٣١٤/٢؛ المبسوط للسرخسي ١٥٨/٨.

٢٢٢١ - فَصْل: [الحلف بما لا يتأتىٰ فيه المضغ بنفسه]

فإن حلف لا يأكل شيئاً وهو مما لا يتأتىٰ فيه المضغ بنفسه فأكله مع غيره فهو علىٰ وجهين: إن كان مما يؤكل بالخبز غالباً حنث، مثل أن يحلف لا يأكل هذا اللبن، فأكله بخبز أو تمر، أو يحلف لا يأكل هذا [٢٦٠/أ] العسل فأكله كذلك؛ لأن هذا يسمىٰ أكلاً في العادة، وكذلك الخَلُّ لأنه من جملة الإدام، فإن صب علىٰ ذلك الماء ثم شربه، لم يحنث في قوله (لا آكل) وحنث في حلفه أن لا يشرب؛ لأن هذا شرب وليس بأكل.

قال: وكذلك لو حلف لا يأكل هذا الخبز فجفَّفة ثم دقه وشربه [بماءٍ] لم يحنث؛ لأن هذا شرب، والشرب غير الأكل، فإن أكله مبلولاً أو غير مبلول حنث؛ لأن الخبز يؤكل علىٰ هذه الصفة في العادة، وكذلك السويق إن شربه بالماء فهو شارب وليس بآكل.

قال هشام: سألت محمداً عن رجل حلف لا يأكل هذه البيضة أو لا يأكل هذه الجوزة فابتلعها، قال: قد حنث، وهذا علىٰ ما بيَّنَّا: أن الأكل هو إيصال ما يتأتىٰ فيه المضغ إلىٰ الجوف مضغ أو لم يمضغ.

قال: وإن حلف لا يأكل عنباً أو رماناً (فمصه ورمىٰ ثفله وبلع ماءه)(١) لم يحنث في الأكل ولا في الشرب؛ لأن هذا ليس بآكل ولا شارب؛ وإنما يسمىٰ ذلك مَصًّا.

قال: وإن عصر ماء العنب فلم يشربه فأكل قشره [وحِصرمه] فإنه يحنث؛

(١) في أ (فجعل يمصّه ويرمي ثفله ويبلع ماءه).

وذلك لأن العنب اسم لتلك الجملة فذهاب الماء منها لا يخرجه من أن يكون آكلاً له، ألا ترىٰ أنه إذا مضغ العنب ابتلع الماء وليس بآكل بابتلاع الماء، ويصير آكلاً بابتلاع ذلك، فدل علىٰ أن هذا أكل للعنب.

وقال هشام عن محمد: في رجل حلف لا يأكل سُكّراً، فأخذ سكرة فجعلها في فيه وجعل يبلع ماءها حتىٰ ذابت، قال: لم يأكل، وهذا صحيح لأنه حِين أوصلها إلىٰ جوفه وصلت وهي مما لا يتأتىٰ فيه المضغ، (وكذلك روىٰ الفضل بن غانم عن أبي يوسف: فيمن حَلف لا يأكل رمانة، فمصَّ رمانة، قال: لا يحنث)[1][2].



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣١٦/٢، ٣١٧.



بَابُ
الحلف على الذوق

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: الذوق حقيقته أن يوصل الشيء إلىٰ فِيْهِ فيستطعمه[1] أو يجد طعمه من غير أن يتطعمه؛ وذلك لأن الذوق [مَعْرِفة][2] طعم المذوق، وهذا المعنىٰ موجود فيما ذكره، فكل أكل فيه ذوق، والذوق ليس بأكل، فإذا حلف لا يذوق طعاماً، فتطعمه بفمه حنث.

فإن قال: أردت [بقولي لا أذوقه] لا آكله، ديّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولم يديّن في القضاء، وسواء كان المحلوف عليه مأكولاً أو مشروباً؛ وذلك لأنه قد يذكر الذوق ويراد به الأكل والشرب.

(يقول القائل: ما ذقت اليوم شيئاً، وما ذقت إلا الماء، ويريد [٢٦٠/ب] به الأكل والشرب)[3]، فإذا نوىٰ ذلك، لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالىٰ حتىٰ يأكل أو يشرب، ولا يُصَدَّق في القضاء؛ لأنه عدل عن الظاهر[4].

قال هشام: سألت محمداً عن رجل حلف لا يذوق في منزل فلان طعاماً ولا شراباً، فذاق منه شيئاً أدخله فاه ولم يصل إلىٰ جوفه، قال محمد: فهذا علىٰ

(١) في أ (فيطعمه).

(٢) في ب (معروفة)، والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) في أ (عن ظاهر كلامه).



الذوقِ إلا أن يكون تقدمه كلام، قلت: فإن كان قال له المحلوف عليه: تغدَّ عندي[1] اليوم، فحلف لا يذوق في منزله طعاماً ولا شراباً، قال محمد: هذا على الأكل ليس على الذوق، وهذا [يدل] على ما بَيَّنَّا: أن حقيقة الذوق معرفة طعم المذوق بفيه ولهواته، وقد يستعمل ذلك في الأكل والشرب، فإذا تقدم دلالة حالٍ، خرج الكلام عليها فحملت اليمين على الأكل الذي اقتضته الدلالة، وأما إذا تمضمض للصلاة وقد حلف لا يذوق الماء لم يحنث؛ لأن المقصود التطهير وليس المقصود معرفة الطعم، فإذا لم يسم ذلك ذوقاً [في] العادة لم يحنث[2].



---

(١) في أ (معي).

(٢) انظر: الأصل ٢/٣٢٨، ٣٢٩.



بَابُ
الرجل يحلف لا يأكل طعاماً

قال أبو الحسن: الطعام ما أكل بنفسه، أو كان معتاداً أن يؤكل مع غيره، فإذا حلف الرجل لا يأكل طعاماً فأكل خبزاً أو لحماً أو فاكهة أو تمراً حنث؛ وذلك لأن الطعام في الأصل كلُّ ما[1] يتطعم، وقد اختص في العرف ببعض الأشياء دون بعض، ألا ترىٰ أنهم لا يسمون الهَليلج طعاماً، وكذلك السَّقَمُونياء[2]، وإذا اختص الاسم ببعض المطعومات، وجب اعتبار العرف فيه، وفي العادة أن الإدام يسمىٰ طعاماً فحنث فيه.

قال: فإن حلف لا يأكل من طعام فلان، فأخذ من خَلِّه أو زيته أو [من] كامخه أو [من] [ملحه][3] فأكله بطعام نفسه حنث؛ لأن هذا مما جرت العادة بأكله مع الخبز إدامًا له فهو طعام.

وقد قال النبي ﷺ: «**نعم الإدام الخَلّ**»[4].

قال: فإن أخذ من نبيذ فلانٍ أو مَائِهِ فأكل به خبزاً لم يحنث؛ وذلك لأن

(١) في أ (ما).

(٢) «السقمونيا: نبات يستخرج منه دواء مسهل للبطن ومزيل لدوده». معجم الوسيط (سقم).

(٣) في ب (لحمه)، والمثبت من أ.

(٤) «رواه الطبراني في الأوسط والصغير، وفيه زكريا بن حكيم الحبطي، وهو ضعيف جدًا، من حديث أنس ﷺ، ورواه الطبراني أيضًا بطريق آخر، وفيه من هو ضعيف عند جميع الأئمة». كما ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/١٧٦.

العادة لم تجر بأكل ذلك بالخبز فلا يسمىٰ طعاماً.

قال أبو يوسف: الخَلُّ طعام، والنبيذ والماء شراب.

وقال محمد: الخل والملح طعام، وهذا، علىٰ ما قدمنا: أن الطعام ما يؤكل بنفسه، أن يؤكل مع غيره[1].

(١) انظر: الأصل ٣١٦/٢.



بَابُ
الرجل يحلف على الشيء فيتغير عن حاله

قال بشر: سمعت أبا يوسف قال في رجل حلف لا يأكل من هذا الكُفُرَّىٰ شيئاً فصار بُسْراً، أو حلف [٢٦١/أ] لا يأكل من هذا البُسْر شيئاً فصار رطباً أو تمراً، فإن أبا حنيفة قال: لا يحنث.

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا اللبن، فأكل من جبن صنع منه أو مَصْل، أو أَقِط، أو شيراز.

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه البيضة، فصارت فرخاً فأكل من فرخ خرج منها، أو حلف لا يذوق هذه الخمر، فصارت خلاً. [فإنّ أبا حنيفة قال: لا يحنث] وكذلك قال أبو يوسف.

والأصل في هذا: أن اليمين إذا تعلقت بعين بقيت ببقاء الاسم وزالت بزواله إلا في الحيوان. هكذا كان أصحابنا [يستثنون][1]، ويحترزون بذلك عمن حلف لا يكلم هذا الشاب فصار شيخاً، أو لا يأكل من لحم هذا الحمل فصار كبشاً، أنه يحنث في الوجهين [جميعًا]، وهذا إنما قالوه علىٰ طريق البيان وإلا فلا يحتاج إليه في الحال؛ لأنه إذا قال لا أكلِّم هذا الشاب فصار شيخاً، فاسم العين لم يزل وإنما زالت الصفة، وتغير الصفة في الأعيان لا يعتبر، وإنما يعتبر زوال الاسم، وكونه شاباً أو حملا صفة وليس باسم.

---

(١) في ب (يفتون)، والمثبت من أ.



قالوا: متىٰ كانت اليمين مطلقة اعتبر فيها الصفة المعتادة ولم يعتبر بقاء الاسم، فربّما عبّر عن هذه الجملة بأن الصفة في العين لغو وفي الغائب شرط، [والاسم شرط] فيهما.

وإنما قلنا: إن اليمين في العين تبقىٰ ببقاء الاسم؛ لأنه عقد يمينه علىٰ العين المسماة وتغير الصفات لا يؤثر فيها ولا في المقصود بها، فعلىٰ أي وجه وجد الفعل حنث.

فأما الحيوان: فالغرض من قوله لا أكلم هذا الشاب الاستخفاف به، وذلك لا يختص بكونه شاباً، وكذلك المقصود من قوله لا آكل هذا الحَمَل الامتناعُ من لحمه، وهذا المعنىٰ موجود وإن صار كَبْشَاً، يبين هذا أنه لو قال: والله لا أكلم صاحب هذا الطيلسان، فباعه ثم كلمه حنث؛ لأن امتناعه من كلامه لا يجوز أن يكون لملكه الطَّيْلَسَان، فلم يبق إلا أن يكون حلف علىٰ العين وعرفها بالإضافة.

فأما اليمين المطلقة فيعتبر فيها الصفة؛ لأنه ليس هناك عين مشار[1] إليها، فصارت الصفة هي المقصودة، فكانت شرطاً في اليمين.

قال أبو يوسف في الفصول المتقدمة: إن نوىٰ ما يكون من ذلك حنث؛ لأنه شدد علىٰ نفسه.

قال: ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الجَدْي، فأكل من لحمه بعد أن صار تَيْساً، أو حلف [أنْ] لا يجامع هذه الصبية فجامعها بعد ما صارت امرأة، فإنه يحنث.

قال أبو يوسف: ولا يشبه الحيوان [٢٦١/ب] ما ذكرنا؛ لأن هذا هو ذاك بعينه،

---

(١) في أ (يشار).

وما ذكرناه قبله قد تغير فخرج عن تلك الحال، وهذا على ما قدمنا[1].

٢٢٢٢ ـ فَصْل: [الأيمان محمولة على العادة]

قال: وإذا حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه ولم تكن له نية حنث؛ لأن الدقيق هكذا يؤكل، وذلك لأن الدقيق في أكله حقيقة غير متعارفة وهو أن يَسَفَّه[2].

ومجازه متعارف: وهو أن يأكل مِمّا يتخذ منه، فتحمل اليمين على المجاز المتعارف؛ لأن الأيمان عندنا محمولة على العادة.

قال: فإن نوى أن لا يأكل [هذا] الدقيق بعينه لا يحنث؛ لأنه نوى حقيقة كلامه[3].

٢٢٢٣ ـ فَصْل: [فيمن حلف أن لا يأكل من هذه الحنطة]

ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة، يعني: أن [لا] يأكلها حَبًّا كما هي، فأكل مما يخبز منها أو من سويقها لم يحنث، وإن [لم] تكن له نية، فهو كذلك عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث.

قال: وجملة هذا أن عند أبي حنيفة إذا كان لليمين حقيقة متعارفة ومجاز متعارف، فإن اليمين تحمل على الحقيقة ولا تحمل على المجاز، وإن كانت

---

(١) انظر: الأصل ٢/٣٢٠، ٣٢١.

(٢) «سَفِفْت الدواء وغيره من كل شيء يابس...: وهو أكله غير ملتوت...». المصباح (سفف).

(٣) انظر: الأصل ٢/٣١٩.

الحقيقة غير متعارفة والمجاز متعارف، حملت على المجاز المتعارف.

وقالا: يحمل اليمين عليهما [إذا كانا متعارفين].

لأبي حنيفة: أن الحقيقة: هي اللفظ المستعمل في موضوعه، والمجاز[1]: معدول عن موضوعه، ومستحيل أن يكون اللفظ في حالة واحدة مستعملاً في موضوعه ومعدولاً عنه، وإذا لم يجز حمله عليهما وقد تساويا في العرف كانت الحقيقة أولى؛ لأنها أصل الكلام، وليس كذلك إذا كانت الحقيقة غير متعارفة؛ لأن اليمين تحمل على المعتاد، فإذا تعذر ذلك في الحقيقة [حملت] على المجاز إذا ثبت هذا.

قال أبو حنيفة: الحنطة يعتاد أكلها كما هي مطبوخة [في هريسة وغيرها] مَقْلُوَّة[2]، فكان حمل الاسم على الحقيقة أولى.

وجه قولهما: أن الاسم يصلح للأمرين والإرادة لا تتنافى، فيحمل عليهما كلفظ العموم.

وقد ذكر محمد في الأصل عنهما: ما يدل على أنه يحنث بأكل الحنطة؛ لأنه قال: إن اليمين تقع على ما يصنع الناس.

وذكر عنهما في الجامع الصغير[3]: ما يدل [على] أنه يحنث؛ لأنه قال عن أبي حنيفة: لو أكل الحنطة حنث، وقالا: لو أكل الخبز أيضاً حنث، فأما السويق

---

(١) في أ «والمجاز: هو المستعمل في غير موضوعه ومعدول به عنه».

(٢) حنطة مَقْلِيَّة ومَقْلُوَّة: إذا قَلَى بالمقلاة. انظر: المغرب (قلي).

(٣) في الجامع الصغير: «ولو حلف لا يأكل هذا الدقيق، فأكل خبزه حنث، ولو حلف لا يأكل هذه الحنطة، لم يحنث حتى يقضمها» ص ٣٥٥ (مع شرح الصدر الشهيد).

فلا يحنث عند أبي حنيفة بأكله علىٰ أصله: أن اليمين تحمل علىٰ الحقيقة.

وقد ذكر في الأصل في السويق أبا حنيفة وأبا يوسف، فمن أصحابنا [٢٦٢/أ] من قال: إنه غلط، فإن أبا يوسف يقول: إنه يحنث، ومنهم من قال: إن أبا يوسف فصل بين الخبز والسويق؛ لأن الخبز يسمىٰ حنطة علىٰ وجه المجاز، فيقال خبز الحنطة، والسويق لا يسمىٰ بذلك[١].

٢٢٢٤ ـ فَصْل: [شرطية الاسم في الحاضر والغائب]

ولو حلف لا يأكل ولا نية له، فأكل قصباً أو بُسراً مطبوخاً أو رطباً، فإنه لا يحنث إلا أن ينوي ذلك؛ لأن اسم التمر لا يتناوله، وقد بينا أن الاسم شرط في الحاضر والغائب، فإن عنىٰ ذلك [فقد][٢] شدَّدَ علىٰ نفسه، ونظير هذا ما قال محمد في الأصل: إذا حلف لا يأكل بُسراً[٣] فأكل بُسراً مُذَنِّبًا[٤] حنث، وهذه أربع مسائل:

إذا حلف لا يأكل بُسْراً فأكل مُذَنِّبًا[٥]، أو حلف لا يأكل رُطباً فيه بسر [يسير] فإنه يحنث في قولهم، وهذا إذا وافق اسم المأكول اسم المحلوف عليه؛

(١) انظر: الأصل ٣١٩/٢، ٣٢٠.

(٢) في ب (فقال)، والمثبت من أ.

(٣) «البُسْرُ: أوله طَلْع، ثم خَلال ـ بالفتح ـ، ثم بَلَح ـ بفتحتين ـ، ثم بُسْرٌ، ثم رُطَبٌ، ثم تَمْرٌ، الواحدة بُسْرَةٌ، والجمع بُسُرات ـ بضم السين ـ». مختار الصحاح (بسر)، والمقصود بالبسر هنا: ثمر النخل قبل أن يصير رُطبًا.

(٤) «مُذَنِّب ـ بكسر النون ـ وقد ذنَّب: إذا الإرطاب من قِبَلِ ذَنبه: وهو ما سفل من جانب القِمع والعلاقة». المغرب (ذنب).

(٥) انظر: الجامع الصغير ص ٣٥٦.

لأنه وجد شرط حنثه [إذا كانت][1] الغلبة للذي حلف عليه، فأما إذا حلف لا يأكل رُطَباً فأكل بُسْراً مذنبًا، أو حلف لا يأكل رطباً، فأكل رطباً فيه بسر، فإن في قول أبي حنيفة ومحمد يحنث، وقال أبو يوسف: لا يحنث.

وجه قول أبي حنيفة: أنه أكل الرطب [مع][2] غيره، فصار كمن جمع بين رطبة وبسرة؛ ولأنه أكل جزءاً من الرطب، واليمين على ترك الأكل يستوي فيه القليل والكثير.

وجه قول أبي يوسف: إن اسم الرطب لا يتناول [المذنب]، فلا يحنث بأكله كالتمر[3].



(١) في ب (إن الغلبة) والمثبت أ.

(٢) في ب (وغيره) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل: ٢/٣٢٠.

بَابٌ
في هذا المعنى في غير الأكل

قال أبو الحسن: قال بِشر عن أبي يوسف في رجل حلف لا يدخل داراً بعينها، فهدمت تلك الدار وبني [في] موضعها دارٌ أخرىٰ، فإن أبا حنيفة قال: إن دخلها حنث، وكذلك إن دخلها وهي مهدومة، وكذلك قال أبو يوسف، وهذا علىٰ ما بينا: أن اليمين إذا تعلقت بعين بقيت ببقاء الاسم، واسم الدار يتناول المبنية والمهدومة.

ألا ترىٰ أنه عبارة عما أحاطت به الدائرة، والعرب تسمي موضع النزول داراً ولا بناء فيها، ويسمون الآثار ديارًا فيقولون: ديار عاد، وقال لبيد: (عفت الديار محلُّها فمقامها)[1]، وإذا كان الاسم باقياً بعد الهدم وبعد بناء دار أخرىٰ، بقيت اليمين.

قال: ولو كانت اليمين علىٰ[2] بيت، فهدم ثم بني غيره في موضعه فدخله لم يحنث، مهدوماً كان أو بعد أن بني؛ وذلك لأن هدم البيت يزيل الاسم [عنه، ألا ترىٰ أنه عبارة عن موضع البيت المسقف المبني، وذلك لا يكون بعد الهدم، فلم يتناوله الاسم].

قال: ولو كانت اليمين علىٰ فسطاط[3] مضروب في موضع، فقلع [٢٦٢/ب]

(١) من معلقة لبيد، والشطر الثاني (بمنىً تأبد غولها فرجامها) كما في جمهرة أشعار العرب ١/١٠٩.

(٢) في أ (ولو حلف لا يدخل بيتًا بعينه فهدم).

(٣) «الفُسْطَاط ـ بضم الفاء وكسرها ـ: بيت من الشَّعر، والجمع فساطيط». المصباح (فسط).

فضرب في موضع آخر فدخله حنث، وكذلك القبة من العيدان، وكذلك [درج][1] من عيدان [بدار] أو منبر؛ وذلك لأن الاسم في هذه الأشياء لا يزول بنقلها من مكان إلىٰ مكان.

قال: ولو حلف لا يجلس علىٰ هذه الإسطوانة وهي مبنية أو إلىٰ هذا الحائط، فهدما ثم بنيا بنقضهما لم يحنث؛ لأن الحائط إذا هدم زال الاسم عنه، وكذلك الإسطوانة فبطلت اليمين، فإذا عادت [عاد حائط آخر لم يحلف عليه]، فلم يحنث، وكذلك لو حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به؛ لأن القلم إذا لم يكن مبرياً لم يسم قلماً، وإنما يسمىٰ أنبوبًا، فإذا كسر زال الاسم فبطلت اليمين، وكذلك لو حلف علىٰ مقص فكسر ثم جعل مقصاً غير ذلك؛ لأن الاسم زال بالكسر، وكذلك كل سكين وسيف [وقِدْرٍ][2] كسر ثم صنع مثله.

قال: ولو نزع مسمار المقص ولم يكسره ثم أعاد فيه مسماراً آخر حنث؛ وذلك لأن الاسم لم يزل بزوال المسمار، وكذلك إن نزع نِصَاب السكين وجعل مكانه نصاباً آخر؛ لأن السكين اسم للحديد.

قال: ولو حلف علىٰ قميص لا يلبسه، أو قِباء محشو أو مبطن أو جبة مبطنة أو محشوة، أو قلنسوة أو خفين، فنقض ذلك كله ثم أعاده، فإن هذا يحنث؛ وذلك لأن الاسم يتناوله بعد النقض، [يقال][3]: قميص مفتوق، وجُبَّة

---

(١) في ب (كرخ)، والمثبت من أ.
والدَّرَج: السُّلَّم رتبة، الواحدة درجة، «ويسمىٰ بها هذا المبني من خشب أو مَدَرٍ مركبًا علىٰ حائط أو نحوه، تسمية الكل باسم البعض». المغرب (درج).

(٢) في أ (قلب)، والمثبت من ب.

(٣) في ب (فقال)، والمثبت من أ.

مفتوقة[1]، وتغير الصفة مع بقاء الاسم لا تبطل اليمين علىٰ [العين][2].

قال: وكذلك السرج[3]، ولو حلف لا يركب هذه السفينة، فنقضها ثم استأنف عملها بذلك الخشب، فركبها لم يحنث؛ لأنها لا تسمىٰ سفينة بعد النقض، وزوال الاسم يبطل اليمين[4].

ولو حلف لا ينام علىٰ هذا الفراش ففتقه وغسله ثم حشاه وخاطه ونام عليه، حنث؛ لأنه لا يزول الاسم عنه بالفتق[5]، ولو حلف لا يلبس شقة خَزّ بعينها، فنقضها وغزلت وجعلت شقة أخرىٰ، فلبسها لم يحنث؛ لأنها إذا نقضت صارت خيوطاً وزال الاسم المحلوف عليه.

قال: وإذا حلف لا يدخل داراً فهدمت، وجعلت بستاناً أو حماماً أو مسجداً، فدخله لم يحنث؛ وذلك لأن الاسم زال بالبناء، ألا ترىٰ أنه يسمىٰ حَمَّاماً ولا تسمىٰ داراً، وزوال الاسم يبطل اليمين، وكذلك لو حلف علىٰ قميص لا يلبسه فقطعه جبة محشوة فلبسه، لم يحنث؛ لأن الاسم زال فزالت اليمين.

ونظير مسائل [هذا] الباب ما قالوا: فيمن حلف لا يقرأ في هذا المصحف [٢٦٣/أ] فخلعه ثم أَلَّفَ ورقه [وجدّد دفّتيه][6] ثم قرأ فيه حنث؛ وذلك لأن اسم

---

(١) العبارة هنا في البحر الرائق (واليمين المنعقدة علىٰ العين لا تبطل بتغير الصفة مع بقاء اسم العين) ٣٢٦/٤؛ إذ المسألة بنصها في البحر الرائق.

(٢) في ب (العتق)؛ والمثبت من أ.

(٣) في البحر الرائق (ولو حلف لا يركب بهذا السرج فنقضه ثم أعاده) ٣٢٦/٤.

(٤) في أ (فقد زال الاسم فبطلت اليمين).

(٥) في أ (لأن فتق الفراش لا يزيل الاسم عنه).

(٦) في ب (وخرز دفتيه)، والمثبت من أ.

المصحف باقٍ وإن فرقه.

قال: ولو حلف علىٰ نعل لا يلبسها فقطع شراكها وشركها بغيره ثم لبسها حنث؛ لأن اسم النعل يتناولها بعد قطع الشراك.

ولو حلفت امرأة لا تلبس هذه المِلْحَفَة، فخيط جانباها فجعلت درعاً وجعلت لها جيباً ثم لبستها لم تحنث؛ لأنها درع وليست بملحفة.

قال: فإن أعيدت ملحفة، فلبستها حنثت؛ وذلك لأنها عادت ملحفة بغير تأليف ولا زيادة ولا نقصان فهي علىٰ ما كانت عليه.

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه طائفة، فدخلها لم يحنث؛ لأن اليمين وقعت علىٰ بقعة معينة فلا يحنث بغيرها.

ولو قال: مسجد بني فلان ثم زيد فيه، فدخل ذلك الموضع الذي زيد فيه حنث، وكذلك الدار؛ وذلك لأنه عقد يمينه علىٰ الإضافة وذلك موجود في الزيادة[١].



(١) ذكرها الكاساني بنصها في البدائع ٣/٣٨.

بَابُ
الرجل يحلف على الشيء فيغلب عليه غيره

قال بشر عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يذوق من هذا اللبن شيئاً فصبَّ فيه ماء فذاقه، فهذا على وجهين: إذا كان اللبن [هو] الغالب حنث؛ لأنه يسمى لبناً وإن كان فيه ماء، [وإن كان الماء هو الغالب، وقد ذهب طعم اللبن ولونه لم يحنث؛ لأن هذا ماء]، وكذلك لو حلف لا يذوق من هذا النبيذ فصبّ فيه خَلاً، وكذلك الماء الملح إذا صب في [الماء العذب] فإن كان المحلوف عليه هو الغالب حنث، وإن كان ليس بغالب وكان يستبين لونه أو طعمه، حنث إن ذاقه، وإن كان لا يستبين له لون ولا طعم وكان الغالب الأكثر، فلا يحنث، فاعتبر أبو يوسف ظهور اللون أو الطعم غالباً كان أو مغلوباً.

[وذكر محمد هذه المسألة في الأصل فقال][1]: إن كان مغلوباً لم يحنث، فظاهره يقتضي عليه الأجزاء[2].

لأبي يوسف: أن اللون والطعم إذا كانا باقيين فالجملة تنسب إلى ذلك، ألا ترى أنه يقال لبن مغشوش وخل مغشوش، فحنث بتناوله، وإذا لم يبق له لون ولا طعم زال الاسم، وإنما يقال: ماء فيه لبن وماء فيه خل فلم يحنث.

لمحمد: إن الحكم يتعلق بالأكثر، والأقل تبع فسقط حكم [التبع][3].

(١) في ب (ومحمد قال)، والمثبت من أ.
(٢) انظر: الأصل ٣٢٧/٢.
(٣) في ب (الأول)، والمثبت من أ.

قال أبو يوسف: فإن كان طعمهما واحداً أو لونهما واحداً فأشكل عليه، فالقليل المخالط لما حلف عليه يحيط العلم أنه [ليس بغالب][1] حنث، وإن كان الذي لم يحلف عليه كثيراً غالباً لا يشك في ذلك منه، لم يحنث إن ذاقه، وإن كان [أمرًا][2] بين ذلك، فشك فيه ولا يدري، فالأخذ في ذلك بالثقة [٢٦٣/ب] أفضل، والقياس أن لا يحنث حتىٰ يعلم أن الذي حلف عليه [هو] الغالب، ولكن لا يؤخذ في هذا بالقياس (إذا دخل الشك كَفَّر حتىٰ يستيقن، فإذا استبان لم يحنث.

وجه)[3] القياس: أنه إذا احتمل الحنث وغير الحنث، لم تثبت الكفارة بالشك.

وجه الاستحسان: أن الموجب والمسقط لما تساويا، كان الموجب أولىٰ؛ لأنه يؤدي إلىٰ براءة الذمة بيقين.

قال أبو الحسن: وكذلك رواية الأصل في حدِّ الغلبة، وهذا الذي ذكره إنما قاله في الأصل في غير المائع في السويق إذا لُتَّ بالسمن، وأما المائع فلم يذكر هذا فيه[4].

٢٢٢٥ ـ فَصْل: [اختلاط المحلوف عليه بجنسه]

فأما إذا اختلط المحلوف عليه بجنسه كاللبن المحلوف عليه إذا اختلط بلبن آخر، قال أبو يوسف: هذا [هو] كالجنسين إذا غلب غير المحلوف عليه لم

---

(١) في ب (أنه الغالب)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (ما)، والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) انظر: الأصل ٢/٣٢٠، ٣٢١.



يحنث، وقال محمد: يحنث وإن كان مغلوباً.

لأبي يوسف: أن المحلوف عليه مغلوب، فلم يحنث به كما لو اختلط بغير جنسه.

[لمحمد]: أن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه، وإنما يصير مستهلكاً بغير جنسه، فصار كأنه غير مغلوب.

وروىٰ مُعَلَّىٰ عن محمد: في[1] رجل حلف لا يأكل سمناً، فأكل سويقاً ملتوتاً بسمن ولا نية له، قال: إن كان يستبين السمن في السويق وكان إذا عصر سالَ السمن حنث، وإن كان علىٰ غير ذلك لم يحنث [وإن][2] كان يجد طعمه.

وقد ذكر في الأصل هذه المسألة، وذكر أن أجزاء السمن إذا كان يستبين في السويق ويوجد طعمه حنث؛ وذلك لأنه إذا استبان فليس بمستهلك فكأنه أكله بنفسه، وإذا لم يستبن فقد استهلك أجزاءه فلم يعتد به، والذي اعتبره محمد في [الانعصار][3] فكأنه يقول: إذا أمكن أن يتميز أجزاء السمن فليس بمستهلك، وإذا لم يمكن ذلك فهو مستهلك[4].

وقال معلىٰ عن محمد: في رجل حلف لا يشرب من هذه الخمر فصبها في ماء فغلب عليها[5] حتىٰ ذهب لونها وطعمها فشربه لم يحنث، وهذا مثل قول أبي يوسف.

---

(١) في (فيمن حلف).

(٢) في ب (وإنما)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (الانفصال)، والمثبت من أ.

(٤) انظر: الأصل، ٣٢١/٢.

(٥) في أ (علىٰ الخمر).



قال: ولو حلف علىٰ قدر ذلك من ماء زمزم [أن] لا يشرب منه شيئاً، فصب عليه ماء من غيره كثيراً قدر الماء الذي غلب علىٰ الخمر أو أكثر فشربه، فإنه يحنث، وهذا علىٰ ما بينا من أصله أن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه.

قال: ولو أخذ ذلك الماء المحلوف عليه فصبه في بئر أو في حوض عظيم لم يحنث؛ لأني لا أدري لعل عيون البئر تغور بما صُبّ فيها، ولا أدري لعل اليسير من الماء الذي صب في الحوض العظيم لم يختلط به كله، ولو حلف لا يشرب هذا الماء العذب، فصَبَّه في ماء ملح [٢٦٤/أ] فغلب عليه ثم شربه لم يحنث، فجعل الماء مستهلكاً بجنسه إذا كان علىٰ غير صفته.

قال: وكذلك لو حلف لا يشرب لبن ضأن، فخلط بلبن معز، فإنه يعتبر الغلبة؛ لأنهما نوعان كالجنسين.

قال أبو الحسن: وإذا [حلف لا يشرب][1] لبن هذه الشاة معزٍ أو ضأن ثم خلط بغيره من لبن الضأن أو معزٍ، حنث إذا شَرِبَه، ولا يعتبر الكثرة والغلبة.

قال أبو الحسن: لأنه ليس في يمينه ضأن ولا معز، وهذا صحيح؛ لأن اليمين وقعت على [اللبن][2]، واختلاطه بلبن آخر لا يخرجه عن كونه لبناً، واليمين في المسألة الأولىٰ وقعت علىٰ لبن الضأن، فإذا غلب عليه لبن المعز استهلك من صفته فيه.

قال محمد ـ مستشهداً علىٰ الفرق بين المسألتين ـ: ولا تشبه الشاة إذا حلف عليها بعينها حلفه علىٰ لبن المعز، ألا ترىٰ أنه لو قال: والله لا أشتري رُطَباً

---

(١) في ب (قال لا أشرب)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (لبن)، والمثبت من أ.

فاشترىٰ كِباسة[1] بُسْرٍ فيها رطبتان أو ثلاثاً لم يحنث ؛ لأن هذا إنما هو للغالب .

ولو قال: والله لا أشتري هذه الرُّطْبة لرطبة في كِباسَةٍ ، ثم اشترىٰ الكباسة حنث .

ونظير هذا ما ذكر ابن سماعة عن محمد في رجل قال: والله لا آكل مما يجيء به فلان ، يعني: مما يجيء به من طعام أو لحم أو غير ذلك مما يؤكل ، فدفع الحالف إلىٰ المحلوف عليه لحماً ليطبخه ، فطبخه وألقىٰ فيه قطعة من كرش بقر ، ثم طبخ القدر فأكل الحالف من المرق ، قال محمد: لا أراه يحنث إذا ألقي فيه من اللحم ما لا يكون بطبخ وحده ويتخذ منه مرقة تقل عن ذلك ، وإن كان مثل ذلك يطبخ ويكون له مرقة فإنه يحنث ؛ وذلك لأنه جعل اليمين علىٰ اللحم الذي يأتي به فلان وعلىٰ مرقه ، ألا ترىٰ أن المرق لا تكون إلا بدسم اللحم الذي جاء به ، فإذا اختلط به لحم لا يكون له مرقة لقلته ، [فلم][2] يأكل مما جاء به فلان ، وإذا كان مما ينفرد بالطبخ ويكون له مرق ، والمرق جنس واحد ، فلا يعتبر فيه الغلبة وحنث به .

وقد قال محمد: فيمن قال لا آكل مما يجيء به فلان ، فجاء فلان بلحم فشواه وجعل تحته خبزاً للحالف ، فأكل الحالف من جواريه حنث .

وكذلك لو جاء المحلوف عليه بحمّص فطبخه ، فأكل الحالف من مرقه وفيه طعم الحمّص حنث ، وكذلك لو جاء برطب فسال منه رُبّ فأكل منه ، أو جاء بزيتون فعصر فأكل من زيته حنث[3].

---

(١) «الكِباسة: عنقود النخل ، والجمع كبائس» . المصباح (كبس) .

(٢) في ب (فإن لم) والمثبت من أ .

(٣) انظر: الأصل ، ٢/٣٢٠ وما بعدها .

باب
الرجل يحلف لا يأكل الشيء فيقع على بعضه أو جميعه

[٢٦٤/ب] قال ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل قال: والله لا آكل من تمرة هذا البستان، وفيه نخل تحصىٰ، أو لا آكل من تمرة هذا النخل وهي عشر أو ثلاث، أو لا آكل من تمرة هاتين النخلتين أو من هاتين الرطبتين، أو من هذه الثلاث التفاحات، أو من هذين الرغيفين، أو لا أشرب من لبن هاتين الشاتين، فأكل بعض ذلك أو شرب بعضه، فإنه يحنث؛ وذلك لأن (مِنْ) للتبعيض فاقتضت يمينه المنع من تناول الجملة وأبعاضها، فإذا أكل أو شرب البعض حنث.

قال أبو يوسف: ولو قال والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين ولم يقل مِنْ، فإنه لا يحنث حتىٰ يشرب من لبن كل شاة؛ وذلك لأنه حلف عليهما فلا يحنث بفعل أحدهما، فإذا شرب جزءاً من لبن كل واحدة منهما حنث؛ لأن الإنسان لا يمكنه أن يستوفي جنس لبن الشاة فانعقدت يمينه علىٰ البعض، كقوله: لا أشرب ماء البحر.

قال: وإن كان لبن قد حُلب فقال: والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين للبن بعينه، فإن كان لبناً يقدر علىٰ شربه (في)[1] مرة واحدة، لم يحنث بشرب بعضه، وإن كان لا يستطيع شربه في مرة واحدة، فإنه يحنث بشرب بعضه؛ وذلك لأنه إذا استطاع شربه دفعة، فحقيقة اليمين يقتضي شرب الجميع، وقد أمكن ذلك

(١) في أ (شربه مرة)، ونحوها فيما يأتي في المسألة.

فحمل على الحقيقة، فإذا لم يكن شربه في دفعة حملت يمينه على [الجزء][1] كماء البحر، وعلى هذا إذا قال لا آكل هذا الطعام وهو لا يقدر أن يأكله دفعة.

ونظير هذا ما قالوا: فيمن قبض من رجل ديناً عليه، فوجد فيه درهمين زائفين فقال: والله لا آخذ منهما شيئاً، فأخذ أحدهما حنث؛ لأن (من) للتبعيض.

وقال ابن رستم عن محمد: إذا قال والله لا آكل لحم هذا الخروف[2] فهذا على بعضه؛ لأنه لا يمكن استيعابه بالأكل مرة.

وقال في الأصل فيمن قال: لا آكل هذه الرمانة فأكلها إلا حبة أو حبتين حنث في الاستحسان؛ لأن ذلك القَدْر لا يعتد به [ولا يمكنه الاحتراز عنه؛ لأنه يقال]: إنه أكل رمانة في العادة، وإن ترك [حبة أو حبتين] منها[3]، [فإن ترك] نصفها أو ثلثها أو أكثر مما يجري في العرف أن يسقط من الرمانة لم يحنث؛ لأنه ليس بآكل لجميعها.

قال: ولو قال والله لا أبيعك لحم هذا الخروف[4] أو هذه الخابية [من] الزيت، فباع بعضها لم يحنث؛ لأن البيع يمكن أن يأتي على الكل، فحملت اليمين على الحقيقة [٢٦٥/أ].

وقد قال ابن سماعة فيمن قال: [والله] لا أشتري من هذين الرجلين، فإنه

(١) في ب (الجنس)، والمثبت من أ.
(٢) في أ (الجزور).
(٣) قال في الأصل: «ولو حلف ليأكلن هذه الرمانة، فأكلها إلّا حبّة أو نحوها، كان قد برّ ولم يحنث؛ لأن هذا معاني كلام الناس...». ٢/٣٢٠، ٣٢١.
(٤) في أ (الجزور).

لا يحنث حتىٰ يشتري منهما، ولا يشبه هذا قوله: لا آكل مِنْ هذين الرغيفين؛ لأن (مِنْ) يمكن حملها في الأكل[1] علىٰ التبعيض ولا يمكن حملها في الشراء علىٰ التبعيض؛ لأن البيع لا يتبعض فلم يبق إلا أن يحمل علىٰ [ابتداء] الغاية.

وقد قال في الجامع: والأصل فيمن حلف لا يتزوج النساء، ولا يكلم بني آدم، أنه علىٰ الواحد؛ لأن الاستيعاب لا يمكن.

قال محمد: فإن كان يعني بقوله أن يكلمهم جميعاً لم يحنث أبداً، ولم يذكر أن ذلك في القضاء أو فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وكان أصحابنا يقولون: إنه مصدق في القضاء؛ لأنه نوىٰ الجنس الذي هو حقيقة الكلام.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يديّن في القضاء؛ لأنه نوىٰ غير ظاهر كلامه.



(١) في أ (في الرغيفين).

بَابٌ
الرجل يحلف لا يأكل من كسب فلان

قال أبو الحسن: الكسب ما صار للإنسان بفعله، أو بقبول مثل البيع والشراء، والإجارة، والهبة، والصدقة، والوصية؛ لأن ذلك أجمع إنما يكون بقبوله مَن صار له فهو مكتسبه، فأما الميراث فلا يكون كسباً؛ وذلك لأن كسب فلان ما له صنع في اكتسابه؛ وذلك لا يكون إلا فيما يملكه بفعله كالقبول في العقود وأخذ المباحات، فأما الميراث فيدخل في ملكه بغير فعله، فلا يضاف إليه بأنه كسبه، فلا يحنث به.

قال: ولو مات المحلوف عليه وقد كسب شيئًا، فورثه رجل فأكل الحالف منه حنث؛ لأن الوارث يملك على حكم ملك الميت، فما في يده كسب الميت، فحنث الحالف بأكله.

قال: ولو انتقل عنه إلى غيره بغير الميراث لم يحنث؛ لأنه الآن قد صار كسب الثاني؛ وذلك لأن المشتري والموصى له لا يملك الشيء على حكم ملك [الميّت] الأول.

وقال أبو يوسف في الميراث: هو كسب الأول حتى يحدث [فيه] كسب آخر؛ لأنه إذا حدث كسب آخر، بطلت الإضافة الأولى وثبتت الإضافة الثانية.

قال أبو يوسف: وكذلك إذا قال لا آكل مما تملك [أو مما ملكت] أو من ملكك، فإذا خرج من ملك المحلوف عليه إلى ملك غيره، فأكل منه الحالف لم

يحنث؛ لأن الملك[1] إذا تجدد على الملك بطلت الإضافة الأولى وصار ملكاً للثاني.

قال: وكذلك إذا حلف لا يأكل مما يشتري فلان أو مما يُشترى له، فاشترى المحلوف عليه لنفسه أو [٢٦٥/ب] لغيره، فأكل منه الحالف حنث، فإن باعه المحلوف عليه من غيره بأمر المشترى له، ثم أكل منه الحالف لم يحنث؛ لأن الشراء إذا طرأ على الشراء بطلت الإضافة الأولى المحلوف عليها، وتجددت إضافة أخرى لم يتناولها اليمين.

فأما قوله: إن ما اشتراه لغيره ولنفسه سواء؛ فلأن حقوق العقد تتعلق بالمشتري فالإضافة إليه دون المشترى له.

قال: وكذلك لو حلف لا يأكل من ميراث فلان شيئاً، فمات فلان، فأكل من ميراثه حنث، فإن مات وارثه فأورث ذلك الميراث يأكل منه الحالف لم يحنث، ونسخ الميراثُ الآخرُ الميراثَ الأولَ، وهذا على ما بينا أن الميراث إذا طرأ على الميراث بطلت الإضافة الأولى[2].

٢٢٢٦ ـ فَصْل: [أثر تغير الملكية في الحلف]

ومما يجري مجرى مسائل الباب: ما قالوا فيمن حلف لا يأكل مما زرع فلان، فباع فلان زرعه، فأكله الحالف عند المشتري حنث؛ وذلك لأن الإضافة لا تبطل بالبيع، فإن بَذَرَه المشتري وزَرَعَه فأكل الحالف من هذا الزرع فإنه لا يحنث؛ وذلك لأن الإضافة بالزرع إنما تكون إلى الثاني دون الأول، وعلى هذا لو حلف لا يأكل

---

(١) في أ (عين).

(٢) أورد المسألة بكاملها: الكاساني في البدائع ٣/٦٤.



من طعام يصنعه فلان أو من خبز يخبزه فلان ، فتناسخته الباعة ثم أكل منه الحالف ، فإنه يحنث ؛ [لأنه][1] [يقال: هو][2] من خبز فلان ومن طبيخه وإن باعه.

وكذلك لو حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان ، فنسج فلان ثوباً وباعه ؛ لأن البيع لا يبطل الإضافة.

قال: ولو كان ثوب خز فنقض ([ثم غزل] ونسج)[3] ثم لبسه الحالف ، لم يحنث ؛ لأن النسج الثاني أبطل الإضافة الأولىٰ.

قال: ولو حلف لا يشتري ثوباً مسَّه فلان فمسَّه فلان ، وتناسخته الباعة فإنه يحنث إذا اشتراه ؛ لأن الإضافة بالمس لا تبطل بالبيع ، فصار كأنه قال: لا أشتري ثوباً كان فلان مسَّه.

وقال بشر عن أبي يوسف في نوادره: في رجل حلف أن لا يأكل هذه الدراهم فاشترىٰ بها طعاماً فأكله حنث ، وإن أبدلها بغيرها واشترىٰ بما أبدل طعاماً فأكله ، لم يحنث ؛ لأن الدراهم[4] لا يمكن أكلها ، فاليمين علىٰ المعتاد فيها: وهو أن يأكل ما اشترىٰ بها ، فإذا أبدلها واشترىٰ بالبدل ، فليس بمشترٍ بتلك الدراهم ، فلا يحنث.

(وكذلك إذا حلف لا يأكل من تمر هذا العبد ، فاشترىٰ بثمنه طعاماً فأكله)[5].

---

(١) في ب (وهو) ، والمثبت.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ٣/٤٦.

(٣) في البدائع هنا (ونسجه آخر).

(٤) في البدائع (لأن الدراهم بعينها لا تحتمل الأكل) ٣/٤٧.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.



ولو حلف لا يأكل من ميراث أبيه شيئاً وأبوه حي، فمات أبوه فورث منه مالاً فاشترىٰ به طعاماً فأكله [٢٦٦/أ] ففي القياس: لا ينبغي أن [لا][(١)] يحنث ولكني أستحسن أن يحنث؛ وذلك لأن الطعام المشترىٰ ليس بميراث ولكنهم استحسنوا؛ لأن المواريث هكذا تؤكل، واليمين علىٰ العادة، فإن اشترىٰ بالميراث شيئاً فاشترىٰ بذلك الشيء طعاماً فأكله لم يحنث؛ لأنه يشتري بكسبه وليس بمشترٍ بميراثه.

وقال أبو يوسف في الميراث بعينه: إذا حلف عليه فغَيَّرَهُ واشترىٰ به، لم يحنث لما قدمنا.

قال: فإن كان قال: لا آكل ميراثًا يكون لفلان، فكيفما غيره وأكله حنث؛ لأن اليمين المطلقة تعتبر فيها الصفة المعتادة، وفي العادة أنهم يقولون لما ورثه[(٢)] الإنسان: إنه ميراث، وإن غَيّره.

وقال مُعَلَّىٰ عن أبي يوسف: إذا حلف لا يطعم فلاناً مما ورث من أبيه شيئاً، فإن كان ورث طعاماً فأطعمه[(٣)] منه حنث، فإن اشترىٰ بذلك الطعام طعاماً فأطعمه منه لم يحنث؛ لأن اليمين وقعت علىٰ الطعام الموروث، فإذا باعه بطعام آخر فالثاني ليس بموروث، وقد أمكن حمل اليمين علىٰ الحقيقة فلا تحمل علىٰ المجاز، وإن كان ورث دراهم فاشترىٰ بها طعاماً فأطعمه حنث؛ لأنه لا يمكن حمل اليمين علىٰ الحقيقة فحملت علىٰ المجاز.

---

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من البدائع، وهو الصحيح.

(٢) في أ (لما في يدي الإنسان).

(٣) في أ (فأكل منه).

وقال هشام: سمعت محمداً يقول: في رجل معه دراهم حلف أن لا يأكلها فاشترىٰ بها دنانير أو فلوساً، ثم اشترىٰ بالدنانير أو بالفلوس [فاكهة][1] فأكلها، قال: يحنث.

قال: فإن حلف لا يأكل هذه الدراهم فاشترىٰ بها عَرَضاً ثم باع ذلك العرض بطعام فأكله لم يحنث؛ وذلك لأن العادة في قوله لا أشتري بهذه الدراهم، الامتناع من إنفاقها، في الطعام والنفقة تارة تكون بالابتياع بها وتارة بتصريفها لما ينفق، فحملت اليمين علىٰ العادة، فأما ابتياع العروض بالدراهم فليس بنفقة في الطعام عادة، فلم تحمل يمينه عليه، وهذا خلاف ما حكاه عن أبي يوسف.

وقال ابن رستم عن محمد: فيمن قال والله لا آكل من طعامك وهو يبيع الطعام، فاشترىٰ منه فأكل حنث؛ وذلك لأن العادة أن هذه اليمين [تعقد] علىٰ المنع بالابتياع.

قال محمد: ولو قال[2]: والله ما آكل من طعامك هذا الطعام بعينه، فأهداه له فأكله قال: لا يحنث في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويحنث [علىٰ قول محمدٍ][3].

وهذا فرع علىٰ اختلافهم فيمن قال: لا أدخل دار فلان هذه، فباعها فلان ثم دخلها، والمسألة تجيء فيما بعد.

قال محمد: ولو حلف لا يأكل من طعامه فأكل من طعام مشترك [٢٦٦/ب]

---

(١) في ب (فأكله) وأضيفت الزيادة من أ.
(٢) في أ (حلف لا آكل).
(٣) في ب (في قولي)، والمثبت من أ.

بينهما حنث ؛ لأن كل جزءٍ من الطعام يسمىٰ طعامًا ، فقد أكل من طعام المحلوف عليه .

وقال علي بن الجعد وابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يأكل من غَلَّة أرضه ولا نية له ، فأكل من ثمن الغلة حنث ؛ لأن هذا في العادة يقال: إنه [يراد به] من استغلال الأرض ، فإذا نوىٰ أكل نفس ما يخرج منها [فأكل من ثمنه] ، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالىٰ ولم أدينه في القضاء. وهذا علىٰ أصله فيمن حلف لا يشرب الماء ونوىٰ الجنس ، فإنه لا يصدق في القضاء ، فأما علىٰ الرواية الظاهرة فيصدق ؛ لأنه نوىٰ حقيقة كلامه.

وقال محمد في الجامع الكبير: إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً فأكل من ثمرها أو جُمّارِها ، أو طَلْعِها ، أو بُسْرها ، أو دِبْسِها فإنه يحنث[1] ؛ وذلك لأن النخلة [لا يتأتّىٰ[2] أكلها ، فحملت] اليمين علىٰ ما يتولد منها ، [والدبس: اسم لما يسيل من الرطب ، لا المطبوخ منه.

ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئًا ، فأكل من عنبه ، أو زبيبه ، أو عصيره ، حنث ؛ لأن المراد: هو الخارج من الكرم ؛ إذ عين الكرم لا تحتمل الأكل كما في النخلة ، بخلاف ما][3] لو نظر إلىٰ عنب فقال (عبده حر إن أكل)[4] من هذا العنب ، فأكل من زبيبه أو عصيره لم يحنث ؛ لأن العنب يتأتىٰ أكله ، فلم

---

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٧٧.

(٢) في أ (لا يتأتىٰ أكلها فحملت).

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ، ٣/ ٦٤ ؛ إذ السياق يدل علىٰ سقوطها من النسخ ، والمسألة بكاملها ذكرها الكاساني مصرحًا: (قال القدوري).

(٤) في أ (عبدي حرّ إن أكلت).



تحمل اليمين على ما يتولد منه.

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه الشاة شيئاً، فأكل من لَبَنِها أو زُبْدها أو سَمْنِها لم يحنث؛ لأن الشاة مأكولة في نفسها، فحملت اليمين على أجزائها ولم تحمل على ما يتولد منها.

قال محمد: ولو أكل من ناطف جعل من تمر النخلة أو [نبيذ نبذ من تمرها][1] لم يحنث؛ لأن [كلمة] (من) للابتداء، وقد خرج هذا عن حال الابتداء بحدوث الصنعة فيه، فلم يتناوله اليمين[2].



(١) في ب (نبيذها)، والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل، ٣/٣١٩ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يحلف على ما يضيفه إلى غير ملك أو نسب أو غير ذلك

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يأكل طعام فلان، ولا يشرب شراب فلان، ولا يدخل دار فلان، ولا يلبس ثوب فلان، ولا يركب دابة فلان، فهذا على ما يكون في ملك فلان يوم يفعل ما حلف عليه، كان الذي أضافه إلى ملك فلان في ملكه يوم حلف أو لم يكن، هذا قول محمد في الزيادات وهي رواية الأصل، ورواية هشام عن أبي يوسف[1].

وقال أبو يوسف: إن نوى ما في ملكه يومئذٍ، فيسعه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى ولا يسعه في القضاء.

قال محمد في الزيادات: فإن كان في ملكه يوم حلف ثم خرج من ملكه لم يحنث.

قال: وهذا بمنزلة قوله: لا أكلم عبد فلان، قال: فإن قال لا أكَلِّم زوج فلانة أو امرأة فلان، أو صديق فلان، أو ابن فلان، أو أخ فلان، ولا نية له، فهذا على ما كان[2] يوم حلف إن زال عن ملكه أو لم يزل، فلا يكون على زوج يحدث ولا[3] ولد يحدث.

---

(١) انظر: الأصل، ٣١٦/٢.

(٢) في (ما يكون).

(٣) في أ (أو ولد).

وقال في نوادر ابن سماعة: هما سواء [٢٦٧/أ] ولا يحمل علىٰ ما يستفاد[١]، وإنما يحمل علىٰ ما في ملكه.

ففرق في الزيادات [بين إضافة النسب وإضافة غيره، وسوّىٰ بينهما في النوادر.

وجه ما ذكر في الزيادات]: أنه عقد علىٰ عبد مضاف إلىٰ فلان بالملك، أو إلىٰ دار مضافة إليه بالملك، وقد وجد هذا عند الدخول فحنث في يمينه، وأما الزوج والزوجة والابن فإضافتهم إضافة نسب، فالمقصود أعيانهم، فتنعقد اليمين علىٰ الموجود، كما لو ذكرهم بأسمائهم. وأما رواية النوادر: فحمل (الجميع علىٰ ما في ملكه يوم الحلف)[٢]؛ لأن [حقيقة الإضافة][٣] تقتضي ما كان موجوداً في الحال، وما سيوجد ليس بحقيقة؛ ولأنه عقد علىٰ الدار وعَرَّفها بالإضافة، [فصار] كمن عقد علىٰ الابن وعرَّفه بالإضافة، وإنما قال في رواية الزيادات: إن الزوجية إذا زالت ثم كلمها حنث؛ لأن المقصود باليمين المحلوف عليه دون المضاف إليه، فلم يعتبر بقاء الإضافة.

والذي قال أبو يوسف: إن نوىٰ ما في ملكه لم يصدق في القضاء؛ فلأن ظاهر اليمين تقتضي ما يضاف إليه عند الفعل، فإذا نوى خلاف ذلك لم يصدق في القضاء.

وقد روىٰ عليّ بن الجعد ومحمد ابن أبي رجاء، عن أبي يوسف خلاف ذلك[٤]، وقال ما معناه: إن اليمين إذا عقدها علىٰ الإضافة فيما يتجدَّد الملك فيه

(١) في أ (يستفيد).

(٢) في أ (فحمل علىٰ جميع من في ملكه يوم حلف).

(٣) في ب (الحقيقة الإضافة)، والمثبت من أ.

(٤) في أ (هذا).

حالاً فحالاً في العادة، فإن اليمين تقع علىٰ ما يكون في ملكه يوم فعل[1]، كالطعام والشراب والدهن، وما لا يتجدد الملك فيه في كل حال وإنما يستدام ملكه، فاليمين علىٰ ما كان في ملكه يوم حلف، كالدار والعبد والثوب؛ وذلك لأن الطعام يحدث في ملكه في كل حال، ولا يستدام ملكه، فعلم أن المقصود باليمين ما يملكه عند الفعل[2]، فأما الدار[3] والعبد فيستدام الملك فيهما [فلا يتجدد]، فما يتجدد وليس بمقصود فلا يحنث به.

٢٢٢٧ ـ فَصْل: [الإضافة مقصودة في الأيمان]

وأما إذا قال: لا أدخل داراً لفلان، ولا أكلم عبداً لفلان، فهو علىٰ ثلاثة أوجه:

أحدها: يحنث في قولهم، وهو أن يدخل داراً كانت علىٰ ملك فلان عند اليمين وبقيت علىٰ ملكه إلىٰ حين الفعل[4] فحنث؛ لأن الإضافة موجودة في الحالين.

[والوجه الثاني][5]: لا يحنث في قولهم[6]، وهو أن يدخل داراً يملكها وقت اليمين ولا يملكها وقت الفعل[7]؛ لأنها لا تضاف إلىٰ فلان وقت الدخول، والإضافة مقصودة باليمين.

---

(١) في أ (يوم حلف).
(٢) في أ (عند الحنث).
(٣) في أ (الدور).
(٤) في أ (الحنث).
(٥) في ب (وفي وجه)، والمثبت من أ.
(٦) في أ (في الحالين).
(٧) في أ (الحنث).



والوجه الثالث: علىٰ الخلاف، وهو أن يدخل داراً في ملكه عند الدخول[1] ولم تكن في ملكه عند اليمين، فيحنث عند أبي حنيفة ومحمد لوجود الإضافة.

وقال أبو يوسف: لا يحنث؛ لأن ملك الدار لا يتجدد، فاليمين تنعقد فيها علىٰ ما [٢٦٧/ب] كان وقت اليمين.

٢٢٢٨ ـ فَصْل: [اليمين باقية ببقاء الإضافة]

وأما إذا قال: لا أكلم عبد فلان هذا، أو لا أدخل دار فلان هذه، أو لا أركب دابة فلان هذه، أو لا ألبس ثوب فلان هذا، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: اليمين باقية ببقاء الإضافة، فإذا زالت سقطت إلا أن يعني سكنىٰ هذه الدار خاصة.

وقال محمد: يحنث وإن زال ملك فلان، إلا أن يعني ما دامت ملكاً لفلان.

وجه قولهما: أن الدار والثوب والدابة لا يمتنع منها لمعنىٰ يعود إلىٰ أعيانها، وإنما يمتنع منها تركًا لمباسطة مالكها، فصار كأنه قال: ما دامت (في ملك فلان)[2]، وكما لو أطلق الإضافة من غير تعيين، وكذلك العبد لا يعاد لمعنًىٰ يعود إليه، وإنما يمتنع من كلامه لأجل مولاه، وليس كذلك زوجة فلان وأبو[3] فلان؛ لأنهم يعادون ويوالون لأنفسهم، فعلم أنهم قصدوا باليمين والإضافة علىٰ وجه التعريف.

وجه قول محمد: أن اليمين المعينة مخالفة لليمين المطلقة، أصله: إذا قال لا أكلم زوجة فلان هذه.

---

(١) في أ (الحنث).

(٢) في أ (ملكًا لفلان).

(٣) في أ (ابن).

وقال محمد في الزيادات: إذا حلف لا يركب دواب فلان، أو لا يلبس ثيابه، أو لا يكلم غلمانه، فاشترىٰ فلان دواباً فركب منها ثلاثاً، حنث.

وكذلك لو قال: لا آكل أطعمة فلان، ولا أشرب أشربة فلان، كان هذا علىٰ ثلاثة أطعمة وعلىٰ ثلاثة أشربة؛ وذلك لأن قوله دوابّ فلان أو أطعمة فلان، عقد علىٰ الإضافة، فيدخل فيه ما يستفيد من الملك كقوله: عبداً لفلان، وإنما حمل اليمين علىٰ ثلاثة؛ لأن ظاهر لفظه الجمع وأقله ثلاثة، فإن قال: أردت جميع ما في ملكه من الأطعمة لم أدينه في القضاء؛ لأنه عدل عن ظاهر كلامه، فإن قال: لا أكلم إخوة فلان، فهذا علىٰ من كان يوم الحلف، وهذا علىٰ ما قدمناه.

وقال أبو يوسف: إن كان ذلك مما يحصىٰ، فاليمين علىٰ جميع ما في ملكه؛ لأنه صار مُعَرَّفاً بالإضافة ويمكن استيعابه، فهو كالمعرَّف بالألف واللام.

قال: وإن كان لا يحصىٰ إلا بكتاب حنث بالواحد منهم؛ لأن الجنس يتعذر استغراقه به، فيحنث بأدناه كقوله: لا أتزوج النساء.

٢٢٢٩ـ فَصْـل: [إلحاق الفرع بالأصل في الأيمان]

ومما يشبه مسائل الباب ما قال خلف بن أيوب: سألت أسداً عن رجل حلف لا يتزوج بنت فلان، أو بنتًا لفلان، فولدت له بنتٌ فتزوّجها، أو قال: والله لا أتزوج من بنات فلان ولا بنات له ثم ولد له، أو قال: والله لا أشرب من لبن بقرة فلان ولا بقرة له، ثم اشترىٰ بقرة فشرب من لبنها، أو قال لصبي صغير: والله لا أتزوج [٢٦٨/أ] من بناتك، فبلغ وولد له، فتزوج منهن أيحنث أم لا؟ أو قال: لا آكل من ثمر شجر فلان ولا شجرة لفلان، ثم اشترىٰ شجرة فأكل من ثمرها.



قال: أما إذا حلف لا يتزوج بنت فلان، أو لا يشرب من لبن بقرة فلان، أو لا يأكل من ثمر شجرة فلان، فلا يحنث في شيء [منها][(١)]، وأما إذا قال: لا أتزوج بنتاً من بنات فلان أو بنتاً لفلان، فإنه يحنث وتلزمه اليمين في قول أبي حنيفة.

وأما أنا فأقول: لا يحنث؛ لأنه حلف يوم حلف على ما لم [يخلق][(٢)].

قال خلف: وسألت الحسن فقال مثل قول أبي حنيفة.

لأبي حنيفة: أن قوله لا أتزوج بنت فلان، يقتضي بنتاً موجودة في الحال؛ لأنه لم يعقد اليمين على الإضافة.

وإذا قال: بنتاً لفلان، فقد عقد اليمين على الإضافة، فيعتبر وجودها يوم الحنث كقوله: عبداً لفلان.

وأما أسد: فاعتبر وجود المحلوف عليه لينعقد عليه اليمين، فما كان معدوماً لم يصح الإضافة فيه، فلم يحنث.

قال خلف: سألت أسداً عن رجل حلف لا يتزوج امرأة من [أهل] هذه الدار، وليس للدار أهل، ثم سكنها قوم فتزوج منهم، قال: يحنث في قول أبي حنيفة، ولا يحنث في قولي، وهذا على ما قدمنا من اعتبار الإضافة.

٢٢٣٠ - فَصْل: [إضافة الدار بالسكنى]

وقد قالوا: فيمن حلف لا يدخل دار فلان، فدخل داراً [يسكنها][(٣)] فلان

---

(١) في (ب) (من هذا)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (يحلف)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (سكنها)، والمثبت من أ.

بملك أو إجارة أو عارية فهو سواء، ويحنث في يمينه، وذكر ذلك أبو يوسف.

وذكر محمد في الأصل: في المستأجر؛ وذلك لأن الدار تضاف بالسكنىٰ إلىٰ المستأجر والمستعير، كما تضاف إلىٰ المالك.

فأما إذا حلف لا يدخل داراً لفلان فدخل داراً له قد آجرها لغيره.

فروىٰ هشام عن محمد: أنه قال: لا يحنث في يمينه؛ لأن هذه الدار تضاف إلىٰ الساكن [بالسكنىٰ]، فتسقط إضافة الملك.

قال: فإن قال: لا أدخل حانوتاً لفلان، فدخل حانوتاً له قد آجره، فإن كان فلان ممن له حانوت يسكنه، فإنه لا يحنث بدخول هذا الحانوت؛ لأنه يضاف إلىٰ ساكنه ولا يضاف إلىٰ مالكه.

قال: وإن كان المحلوف عليه لا يعرف بسكنىٰ حانوت، حنث بدخول هذا الحانوت؛ لأنه إذا لم يعرف بسكنىٰ حانوت، فالمقصود إضافة الملك وهي موجودة وإن آجر.

[ألا ترى][1] أنه لو حلف لا يدخل حانوت الأمير، أن هذا على [الحوانيت][2] التي آجرها الأمير؛ لأن الأمير لا يضاف إليه الحانوت بالسكنىٰ[3].

---

(١) في ب (قال إلا)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (الحانوت)، والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٢/٣٠٢ ـ ٣٠٦.



بَابُ
الرجل يحلف لا يأكل فاكهة

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في هذا الباب: أن الفاكهة عند أبي حنيفة كل ما يقصد بأكله التفكُّه دون الشبع [٢٦٨/ب]، وعندهما: الفاكهة ما يتفكه به.

ويتعين الخلاف بينهم في الرمان، والعنب، والرُّطَب:

(قال أبو حنيفة: ليس بفاكهة؛ لأن الرمان لا يقصد أكله وإنما يمص، وكذلك العنب والرطب)(١) [لا] يؤكل للشبع(٢).

وقال أبو يوسف ومحمد: كل ذلك فاكهة(٣).

لأبي حنيفة قال تعالىٰ: ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ﴾ [الرحمن: ٦٨] فعطف النخيل والرمان علىٰ الفاكهة، وقال في آية أخرىٰ: ﴿فَأَنۢبَتْنَا فِيهَا حَبًّا ﴿٢٧﴾ وَعِنَبًا وَقَضْبًا ﴿٢٨﴾ وَزَيْتُونًا وَنَخْلًا ﴿٢٩﴾ وَحَدَآئِقَ غُلْبًا ﴿٣٠﴾ وَفَٰكِهَةً وَأَبًّا﴾ [عبس: ٢٧ ـ ٣١] فعطف الفاكهة علىٰ العنب والرطب والرمان، والعطف غير المعطوف عليه، ولأن الآية خرجت مخرج الامتنان، والحكم إذا امتن بالشيء مرة [لا يعيد المنة] به، فدل علىٰ أن

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) وهذا اختلاف زمان، ففي زمانه لا يعدونها من الفواكه، فأفتىٰ بحسب ذلك، وفي زمانهما عدت منها، فأفتيا به. كما في فتح القدير ٥/١٣٠.




ذلك لم يدخل في الفاكهة، وربما قال أصحابنا: إن الفاكهة عنده ما كان فاكهة [يابسة] ورطبة[1].

وقد أجمعوا: أن الزبيب والتمر وحَبّ الرمان ليس بفاكهة، فرطبه لا يكون فاكهة؛ ولأن الرطب يؤكل للشبع فلا يكون فاكهة كالتمر.

وجه قولهما: أن هذا مما يتفكه به في العادة كسائر الفواكه، وربما قال أصحابنا: المعتبر فيه ما يسمىٰ [بائعه] فاكهاني.

وجملة هذا: أن الأيمان محمولة علىٰ العادة، فإن سمي هذا في العادة فاكهة فالجواب ما قالاه.

قال أبو الحسن: ثمر الشجر كله فاكهة، وكذلك ثمر النخل، وكذلك الأعناب كلها في قول أبي يوسف ومحمد، وكذلك قال أبو حنيفة: إلا ثمر النخل، وما يخرج الكَرْم والرمان فإنه عنده ليس بفاكهة، وقد بينا الخلاف في ذلك.

فأما ما سواه من ثمر الشجر كالتفاح والسفرجل والكُمَّثْرَىٰ والإجّاص والمِشْمِش، والخوخ، والتين فهو فاكهة؛ لأنّ هذا مما يؤكل للتفكه (دون الشبع، ولأن ما يجفف منه ويابسه فاكهة، وكذلك البطيخ؛ لأنه يؤكل للتفكه)[2] ولا يقصد به الشبع.

قال محمد: والتوت فاكهة لأنه يتفكه به.

---

(١) انظر: الأصل، ٢/٣١٧.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.



وقال هشام عن محمد: فإن صار الرطب تمراً، والعنب زبيباً، والرمان حباً، فأكل منه لم يحنث؛ لأن التمر والزبيب إدام، وليس بفاكهة في العادة، وكذلك حب الرمان يطبخ كما تطبخ المأكولات، فأما القثاء والخيار [والجَزَر] والباقِلاء الرطب فليس بفاكهة؛ لأن القِثَّاء والخِيَار والبَاقِلاء من جملة الحبوب فلا يؤكل ذلك للتفكه.

وقال في الأصل: إن عنىٰ بقوله لا آكل فاكهة العنب والرطب والرمان، فأكل من ذلك شيئاً حنث؛ وذلك لأنه شدد علىٰ نفسه، ولأن هذه الأشياء مما يتفكه بها، وإن لم يطلق عليها [٢٦٩/أ] الاسم.

وقال محمد: بُسْر السكر والبسر الأحمر فاكهة؛ لأن ذلك مما يتفكه به.

وقال أبو يوسف: اللوز والعُنَّاب فاكهة، رطب ذلك من الفاكهة الرطبة، ويابسه من الفاكهة اليابسة؛ لأن ذلك يؤكل علىٰ وجه التفكه.

قال: والجوز رطبه فاكهة[1] ويابسه إدام[2].

وقال في الأصل: وكذلك الفاكهة اليابسة يدخل فيها الجَوْز واللوز وأشباه ذلك[3].

وروىٰ معلىٰ عن محمد: أن الجوز اليابس ليس بفاكهة؛ لأنه يؤكل مع الخبز غالباً، فأما رطبه فلا يؤكل إلا للتفكه.

---

(١) في أ (رطبه ويابسه إدام).

(٢) في البدائع ٦١/٣؛ والبحر الرائق ٣٥٢/٤، عن القدوري.

(٣) انظر: الأصل ٣١٨/٢.



والذي ذكر في الأصل أنه فاكهة ؛ فلأن رطبه ويابسه يجري مجرًى واحداً ؛ لأنه لا يقصد به الشبع ، فصار كسائر الفواكه .

وقال معلىٰ عن محمد: في رجل حلف لا يأكل من الثمار شيئاً ولا نية له قال: هذا علىٰ الرطب واليابس ، فإن أكل تيناً يابساً أو لوزاً يابساً حنث ، فجعل الثمار كالفاكهة ؛ لأن أحد الاسمين[1] كالآخر .

قال معلىٰ: فقلت لمحمد: فإن حلف لا يأكل من فاكهة العام أو من ثمار العام ولا نية له ، قال: إن حلف في أيام الفاكهة الرطبة فهذا علىٰ الرطب ، وإن أكل من فاكهة ذلك العام شيئاً يابساً لم يحنث ، وكذلك الثمر ، وإنْ حلف في غير وقت الفاكهة[2] الرطبة ، كانت يمينه علىٰ اليابسة من فاكهة ذلك العام ، وكان ينبغي في القياس إن كان في وقت الفاكهة الرطبة أن يحنث في الرطب واليابس ؛ لأن اسم الفاكهة يتناولهما ، وإنما استحسن ؛ لأن العادة في قولهم فاكهة العام ، إذا كان في وقت الرطب أنهم يريدون به الرطب دون اليابس ، فإذا مضىٰ وقت الرطب فلا يجوز أن يكون اليمين إلا علىٰ اليابس فحملت عليه[3].



(١) في أ (لأنه أحد الاسمين ، فصار كالآخر) .
(٢) في (الفاكهة) فقط .
(٣) انظر: البدائع ٦١/٣ ؛ الأصل ٣١٨/٢ .



بَابُ
الرجل يحلف لا يأكل لحماً

قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل لا يأكل لحماً؛ فأي لحم أكل من سائر الحيوان غير السمك فإنه يحنث، مُحَرَّمَةٌ وغير مُحَرَّمة، طبيخاً أكله أو مشوياً أو صفيفاً[1]، أو على أي حال أكله؛ وذلك لأن اللحم عبارة عن أجزاء الحيوان الذي يعيش في البر، فوقع الاسم على الجميع، والمُحَرَّمُ والمباح سواء؛ لأن التحليل والتحريم أحكام، فلا يغير الاسم الموضوع في الأصل.

قال: فإن أكل لحم ميتة، أو خنزير، أو إنسان، أو لحم شاة ترك ذابحها التسمية على ذبحها عمداً، أو أكل ذبيحة مجوسي، أو أكل لحم صيد ذبحه [٢٦٩/ب] مُحْرِم، حنث؛ لأن الاسم يتناول الجميع محرماً كان أو مباحاً؛ [وذلك][2] لا يختلف باختلاف صفات اللحم وما عولج به؛ لأن اسم اللحم موجود في الجميع.

فأما لحم ما يعيش في الماء من السمك وغيره، فإنه لا يحنث به؛ لأن إطلاق اسم اللحم لا يتناوله، ألا ترى أن القائل يقول: ما أكلت اللحم مذ كذا وكذا يوماً وإن كان أكل سمكاً، ومن حكم الاسم أن يحمل على الإطلاق دون الحقيقة، ولا معتبر في ذلك بتسميته لحماً طرياً في القرآن؛ لأن الأيمان لا تحمل

---

(١) «والصفيف ـ في كتاب الأيمان ـ: اللحم القديد المجفف في الشمس». المغرب (صفف).

(٢) في ب (وكذلك)، والمثبت من أ.



على لفظ القرآن، ألا ترى أن من حلف لا يركب دابة فركب كافراً، [لا][1] يحنث، وإن كان الله تعالى قال: ﴿ إِنَّ شَرَّ ٱلدَّوَآبِّ عِندَ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ ﴾ [الأنفال: ٥٥] ولو حلف لا يخرب بيتاً فخرَّب بيت العنكبوت لم يحنث، وإن كان الله تعالى قال: ﴿ وَإِنَّ أَوْهَنَ ٱلْبُيُوتِ لَبَيْتُ ٱلْعَنكَبُوتِ ﴾ [العنكبوت: ٤١].

قال أبو الحسن: وكذلك إن أكل من سائر ما يكون في الجوف فإنه يحنث، إلا شحم البطن، فإنه لا يحنث إلا أن يكون نواه، وإنما يعني بهذا الكَرِش والكَبِد والفُؤَاد والكُلَى والرِّئَة والأَمْعَاء والطِّحَال[2]؛ وذلك لأن [هذه الأشياء][3] تباع مع اللحم وتتخذ منها ما يتخذ من اللحم، وهذا الجواب على عادة أهل الكوفة في زمن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فأما البلاد التي لا يباع فيها هذا مع اللحم فلا يحنث به، فأما شحم البطن فليس بلحم، ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم، فإن نواه فقد شدد على نفسه فيحنث.

وكذلك الأَلْيَة لا يحنث بأكلها؛ لأنها ليست بلحم، وإنما هي من جنس الشحم[4].

قال: فإن أكل شحم الظهر أو ما هو على اللحم حنث؛ وذلك لأن هذا يقال له لحم سمين ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم.

وقال في الأصل: إن أكل لحم غنم أو إبل أو بقر حنث، وهذا على

---

(١) في ب (يحنث) فقط، والمثبت من أ، والسياق يدل عليه.
(٢) كما في البدائع عن الكرخي نصًّا ٢/٥٨.
(٣) في ب (هذا)، والمثبت من أ.
(٤) في أ (اللحم).



ما قدمنا[1].

قال: وكذلك [لحم] رؤوس الحيوان ما خلا السمك؛ لأن الرأس عضو من الحيوان، فلحمه كلحم سائر الأعضاء، وليس هذا كمن حلف لا يشتري لحماً فاشترىٰ رأساً، فإنه لا يحنث؛ لأنه لا يسمىٰ مشتري لحم، وإنما يقال: اشترىٰ رأساً.

قال: ومن حلف لا يأكل شحماً فأكل شحم الظهر، لم يحنث عند أبي حنيفة، وحنث عند أبي يوسف ومحمد.

وقال في الجامع الصغير: في رجل حلف لا يشتري شحماً قال: فأي شحم اشترىٰ لم يحنث إلا أن يشتري شحم البطن، وكذلك لو حلف لا يأكل شحماً[2].

لأبي حنيفة: أن شحم الظهر لا يطلق عليه اسم الشحم، وإنما يقال له: لحم سمين ويتخذ منه ما يتخذ [٢٧٠/أ] من اللحم، والمعتبر عنده في الأيمان: إطلاق العرف والعادة.

وجه قولهما: قوله تعالىٰ: ﴿وَمِنَ ٱلْبَقَرِ وَٱلْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ أَوِ ٱلْحَوَايَآ﴾ [الأنعام: ١٤٦] والاستثناء من [جنس] المستثنىٰ منه.

وقد قالوا: فيمن حلف لا يشتري شحماً ولا لحماً فاشترىٰ أَلْيَةً لم يحنث؛ لأنها ليست بلحم ولا شحم.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا حلف لا يأكل لحماً فهو علىٰ لحوم الطير

---

(١) انظر: الأصل، ٢/٣١٥.

(٢) الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٥٤.

والبهائم، وإن أكل سمكاً لم يحنث، وكل شيء يسكن الماء فهو بمنزلة السمكة.

وقال عمرو عن محمد: فيمن يأمر رجلاً أن يشتري له شحماً فاشترىٰ شحم الظهر، قال: لا نجوز علىٰ الآمر، وهذا يدل أن إطلاق الاسم لا يتناوله كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ.



بَابُ
الرجل يحلف لا يأكل إداماً

قال الشيخ ﵀: أصل هذا الباب أن الإدام عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: كل ما يصطبغ به مع الخبز في العادة: كاللَّبَن، والزَّيْتِ، والمَرَق، والخَلِّ، والعسل.

وروىٰ العسل عمرو بن أبي عمرو عن محمد عن أبي حنيفة، وما لا يصطبغ به فليس بإدام عند أبي حنيفة مثل: اللحم، والشوي، والجبن، والبيض، وهو قول أبي يوسف في رواية الأصل[1]، وروي عنه في الإملاء وغيره: أن ما يؤكل بالخبز مثل اللحم وغيره فهو إدام.

وروىٰ عنه ابن سماعة: أن الجوز اليابس إدام، وقال محمد: ما كان الغالب عليه أن يؤكل بالخبز مثل الجبن واللحم فهو إدام.

لأبي حنيفة: أن الإدام في اللغة مأخوذ من الموافقة، يقال: آدم الله بينكما، وروي أن النبي ﷺ قال للمغيرة وقد تزوج امرأة: (هل نظرت إليها؟ قال: لا، قال: لو نظرت إليها كان أحرىٰ أن يؤدم بينكما)[2].

وقالت العرب: البِيْضُ [لا يُؤْدِمْنَ إلا مُؤْدَمًا][3] يعني: لا يوافق إلا مَن وافقهن، وإذا كان كذلك فكلّ ما احتاج في الأكل إلىٰ موافقة غيره فهو إدام، وما

---

(١) انظر: الأصل، ٢/٣١٦.

(٢) أخرجه الترمذي (١٠٨٧)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٥٣٤٦)؛ وابن ماجه (١٨٦٥)؛ وابن حبان في الصحيح ٩/٣٥١؛ والحاكم في المستدرك، ٢/١٧٩، وغيرهم.

(٣) أورده الجوهري في الصحاح، وقال: «أي لا يُحْبِبن إلا محَبَّباً» (أدم).



أمكن إفراده بالأكل فليس بإدام، وإن أكل مع الخبز كما لو أكل الخبز مع الجبن لم يكن إداماً.

وجه قولهما: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «سيد إدام أهل الجنة اللحم وأخذ لقمة بيده وتمرة بيده الأخرىٰ وقال: هذه إدام هذه»[1]؛ ولأن بائع هذه الأشياء يسمىٰ إدامِيًّا، ومَنْ أكلها يقال: أنه قد ائتدم.

وقال محمد: التمر والجوز ليس بإدام؛ لأن التمر يمكن إفراده بالأكل في الغالب، والجوز يتفكه به.

وقال: والبطيخ ليس بإدام؛ لأنه لا يؤكل غالباً [بالخبز][2]، والبقل ليس بإدام في قولهم؛ لأن بائعه لا يسمىٰ إدامياً، فآكله لا يقال له مؤتدم.

وسئل [٢٧٠/ب] محمد عن رجل حلف لا يأكل خبزاً مأدوماً، قال: الخبز المأدوم الذي يثرد فيه ثردًا يعني في المرق والخَلِّ وما أشبهه؛ لأن ذلك يصير صفة له وتابعاً، فقيل له: فإن ثرد في ماء وملح، فلم ير ذلك مأدوماً؛ لأن العرف معتبر، ومن أكل خبزاً بماء، لم يسم مؤتدماً في العادة.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: وإنما تسمية هذه الأشياء علىٰ ما يعرف أهل تلك البلاد في كلامهم[3].

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٣٣٠٥) بإسناد ضعيف، كما قال العراقي في المغني عن حمل الأسفار ٦٥١/١؛ أورده الشوكاني في الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة وقال: «رواه ابن حبان عن أبي الدرداء مرفوعًا، وفي إسناده سليمان بن عطاء، يروي الموضوعات عن شيخه سلمة بن عبد الله الجهني، وقال ابن حجر لم يتبين لي الحكم علىٰ هذا المتن بالوضع، وأن مسلمة غير مجروح، وسليمان بن عطاء ضعيف» ١٦٧/١.

(٢) في ب (غالبًا)، والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل، ٣١٧/٢، ٣١٨.

بَابُ
الرجل يحلف لا يأكل طبيخاً

قال الشيخ رحمه الله: الطبيخ عبارة عما يطبخ باللحم خاصة دون غيره؛ لأن هذا [الذي] يسمىٰ في العرف طبيخاً، ألا ترىٰ أنهم لا يقولون لمن أكل الباقلاء أنه أكل الطبيخ، [وإن كان طبخ][1]، والطبيخ: هو اللحم يجعل في الماء ويطبخ ليسهل أكله، فإن نوىٰ بقوله: لا آكل طبيخاً، ما يطبخ من اللحم وغيره حنث؛ لأنه طبيخ في الحقيقة، وإنما لم يحمل عليه [الاسم]؛ لأنه ليس بمطلق فيه، فإذا نواه فقد شدَّد علىٰ نفسه، فإن لم يكن له [نية]، فإنما يقع هذا علىٰ اللحم، واللحوم كلها سواء.

قال: والقياس في هذا أن يحنث في اللحم وغيره؛ لأنه طبيخ في الحقيقة، إلا أنهم اعتبروا العرف[2].

قال: وكذلك إذا حلف لا يأكل شواءً وهو ينوي كل شيء يشوىٰ، فأي ذلك أكل فإنه يحنث، وإن لم تكن نَيِّةٌ فإنما يقع ذلك علىٰ اللحم؛ وذلك لأن الشِّواء ما يجعل في النار ليسهل أكله، وذلك موجود في كل نوع إلا أن العرف يختص باللحم، ألا ترىٰ أن الشَّوَّاء اسم لبائع اللحم المشوي، ويقولون لم يأكل الشواء وإن أكل الباذنجان المشوي، فوجب أن يحمل الاسم علىٰ المعتاد، فإن أكل سمكاً مشوياً لم يحنث.

---

(١) في ب (وإن كان مما يطبخ)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (الاسم).

وكذلك إن أكل سمكاً مطبوخاً في اليمين على الطبيخ؛ لأن الاسم غير مطلق فيه. ذكر ذلك ابن سماعة في نوادره عن محمد.

قال: وإن أكل[١] قَلِيَّة[٢] يابسة أو لوناً من الألوان لا مرق فيه لم يحنث؛ لأنه يقال: لحم مقلي، ولا يقال: مطبوخ إلا لما طبخ في الماء.

قال: فإن طبخ في اللحم طبيخاً له مرق، فأكل من لحمه أو مرقه حنث؛ لأنه يقال: أكل الطبيخ وإن لم يأكل لحمه، ولأن المرق فيه أجزاء اللحم.

وقال الحسن بن زياد: في رجل حلف لا يأكل طبيخ فلان، فأكل لحماً طبخه له مرقة، أو أكل من مرقه، فإنه يحنث، وهذا على ما بينا.

قال ابن سماعة في اليمين على الطبيخ، قال: ينبغي أن يكون على الشحم أيضاً؛ لأنه قد[٣] يسمى طبيخاً في العادة.

قال: فإن طبخ عدساً بِوَدَك[٤] فهو طبيخ، وكذلك إن طبخه بشحم أو ألية، فإن طبخه بسَمْنٍ [٢٧١/أ] أو زيت لم يكن طبيخاً.

قال: ولا يكون الأرز طبيخاً، ولا العدس بالسمن ولا بالزيت، ولا يكون الطباهج[٥] طبيخاً، ولا الجوذاب.

---

(١) في أ (كان).

(٢) «القَلِيَّةُ من الطعام جمعه: قلايا» وهي: ما يُقْلَىٰ من الطعام ونحوه. انظر: مختار الصحاح؛ المعجم الوجيز (قلى).

(٣) في أ (لأنه يسمى).

(٤) «الوَدَك: دَسَم اللحم». مختار الصحاح (ودك).

(٥) «الطَّبَاهَج ـ فتح الهاء ـ: طعام من لحم وبيض». المغرب (طبهج).

قال: ألا ترىٰ أنه لو شوىٰ جَزَرًا[1] أو بصلاً وقد حلف علىٰ المشوي لم يحنث، ولو شوىٰ الألية أو الشحم فأكله حنث.

قال داوود بن رشيد عن محمد: في رجل حلف لا يأكل من طبيخ امرأته، فسخّنت له قدراً قد طبخها غيرها لا يحنث؛ لأن [الطبخ][2] هو الفعل الذي يسهل به أكل اللحم، وذلك موجود في الفعل الأول دون الثاني[3].



(١) في أ (جوازًا).

(٢) في ب (الطبيخ)، والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل، ٢/٣١٧.



فهرس الموضوعات









